Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Uwe Murmann (Hg.)

Recht ohne Regeln?

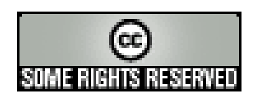
Die Entformalisierung des Strafrechts



Universitätsverlag Göttingen

Uwe Murmann (Hg.)

Recht ohne Regeln?



erschienen als Band 16 in der Reihe „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2011

Uwe Murmann (Hg.)

Recht ohne Regeln?

Die Entformalisierung des Strafrechts

Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften
Band 16



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Institut für Kriminalwissenschaften
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Profs. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Satz und Layout: Amir Michaelsen

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-001-9
ISSN: 1864-2136

Inhalt

Vorwort

Die Verteilung von Kompetenzen, also auch das Verhältnis von Festlegung und Spielraum, von Gebundenheit und Entscheidungsfreiheit, ist von elementarer Bedeutung für Macht und Ohnmacht der am Strafrecht Beteiligten. Und „Beteiligte" sind hier, auf die eine oder andere Art, alle: Der Bürger als Souverän und Rechtsunterworfener ebenso wie die Akteure im konkreten Strafverfahren. Kompetenzverlagerungen weg vom Souverän hin zu den anderen Beteiligten werfen schwierige Legitimationsfragen auf und betreffen das Verständnis von Recht und Strafe in seinem Kern.

Eine Annäherung an das komplexe Thema verlangt nach der Einbeziehung unterschiedlicher materiell- und verfahrensrechtlicher Perspektiven. Die anlässlich eines Kolloquiums des Instituts für Kriminalwissenschaften der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen entstandenen Beiträge nehmen sich der Aufgabe an, den gegenwärtigen Stand des Strafrechts in Hinblick auf Gesetzesbindung und Verfahrensförmlichkeit zu analysieren und zu bewerten. Gerade die Zusammenschau häufig isoliert diskutierter Teilaspekte hat sich dabei als außerordentlich fruchtbar erwiesen.

Allen Teilnehmenden sei an dieser Stelle nochmals herzlich für ihr Engagement und die rege Diskussion gedankt. Da nicht sämtliche Tagungsbeiträge in diesem Band veröffentlicht sind, wurde ergänzend ein Tagungsbericht aufgenommen. Hier gebührt den Herausgebern der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik Dank für die Genehmigung zum Abdruck.

Göttingen, im Januar 2011 — Uwe Murmann

Entformalisierung des Strafrechts – Eine erste Annäherung

Uwe Murmann

Einleitung

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich darf Sie, auch im Namen meiner Göttinger Strafrechtskollegen, herzlich begrüßen zum diesjährigen Kolloquium des Kriminalwissenschaftlichen Instituts. Wenn an drei aufeinanderfolgenden Jahren eine Veranstaltung stattfindet, dann kann man wohl schon von einer Tradition sprechen. Nachdem sich das erste Kolloquium im Jahre 2007 mit einem medizinrechtlich geprägten Thema, nämlich den Einflüssen der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht, beschäftigt hatte und das letztjährige Kolloquium mit der Jugendgewalt stärker kriminologisch orientiert war, soll dieses Jahr ein Thema im Mittelpunkt stehen, in dem sich – zumindest – Fragen des materiellen Strafrechts, des Strafprozessrechts und des Verfassungsrechts begegnen:[1] Die Entformalisierung des Strafrechts. Mit diesem Titel ist freilich schon ein Trend behauptet, über dessen Vorliegen man trefflich streiten kann.

Ist aber der Trend richtig gesehen, so liegt der Konflikt mit rechtsstaatlichen Vorgaben auf der Hand. Das gilt vor allem für den aus Art. 20 Abs. 3 GG abgelei-

[1] Die Aufzählung ließe sich erweitern, zumindest um Staatstheorie, Rechtstheorie und Methodenlehre.

tete Vorbehalt des Gesetzes, wie er für staatliche Eingriffe, auch im Rahmen des Strafverfahrens, gilt, und der für das materielle Strafrecht durch das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG besonders betont und strenger gefasst wird.[2] Die Gesetzesbindung verschafft dem Handeln der zweiten und dritten Gewalt demokratische Legitimation und wirkt als Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips zugleich begrenzend. Der Gesetzgeber konturiert den Spielraum von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten, befördert durch die allgemeine Geltung der Gesetze die Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes[3] und schafft für die Bürger – soweit es das materielle Strafrecht anbelangt – Orientierungssicherheit.[4]

Entformalisierung rechtlicher Regeln und Entscheidungsprozesse verdünnt folglich demokratische Legitimation und vermindert Rechtssicherheit durch Überantwortung von Entscheidungen auf Strafverfolgungsbehörden und Gerichte.

Allerdings sollten aus diesem Befund keine voreiligen Schlüsse gezogen und etwa ein Höchstmaß gesetzlicher Regelungsdichte angestrebt werden. Denn die möglichst unvermittelte Ableitung der Macht vom Souverän ist kein Alleinstellungsmerkmal für eine gelungene Verwirklichung bürgerlicher Freiheit. Hinsichtlich der Anforderungen, die an die gesetzliche Bestimmtheit zu stellen sind, ist freilich zwischen dem Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG und dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) zu differenzieren.

Zunächst zu Art. 103 Abs. 2 GG. Diese Vorschrift stellt mit Blick auf die hohe Eingriffsintensität von Strafen besondere Ansprüche an die Bestimmtheit des Gesetzes. Diese Eingriffsintensität erschließt sich freilich nicht schon aus der mit der Strafe verbundenen äußeren Minderung des Freiheitsstatus einer Person, sondern erst unter Einbeziehung des Charakters der Strafe als eines Rechtsinstituts, d.h. mit Blick auf das in der Strafe zum Ausdruck gebrachte Missbilligungsurteil.[5] Eine Verlagerung auf andere Entscheidungsträger, etwa im pragmatischen Vertrauen auf deren Expertenvernunft, vermag hier nur ganz begrenzt zu überzeugen. Denn die Beantwortung der Frage, welche Verhaltensweisen eine missbilligende hoheitliche Reaktion verdienen (Strafe i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG),[6] ist wesentlich rechtspolitischer Natur. Allein die Aufgabe des Gesetzgebers kann es sein, „auf der Grundlage seiner kriminalpolitischen Vorstellungen und Ziele im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Ge-

[2] BVerfG, NStZ 2009, 83, 84; Sachs/*Degenhart*, GG, Art. 103 Rn. 53 f.

[3] *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 154 f.; kritisch LK-*Dannecker*, § 1 Rn. 63.

[4] BVerfGE 71, 108, 114; 96, 68, 97; BVerfG, NStZ 2009, 83; v. Münch/Kunig-*Kunig*, GG III, 5. Aufl. 2003, Art. 103 Rn. 28: „auf einen hypothetischen Straftäter abzustellen, der sein Verhalten an einer Interpretation des StGB orientiert, ist zwar wirklichkeitsfern, aber als Ausgangspunkt unerlässlich".

[5] Maunz/Dürig/*Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rn. 165; *E.A. Wolff*, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 211: „Herabsetzung des Gleichheitsverhältnisses".

[6] Vgl. BVerfGE 26, 186, 203 f.

meinwohls ergreifen will".[7] Die Verfassung steckt dem Gesetzgeber – und gerade ihm – folglich einen weiten Rahmen: Es begründet nicht schon die Verfassungswidrigkeit, wenn er nicht „die zweckmäßigste, vernünftigste und gerechteste Lösung gefunden hat".[8]

Daraus nun die verschiedentlich erhobene Forderung nach größtmöglicher Bestimmtheit abzuleiten,[9] überzeugt schon deshalb nicht, weil sich so die Verfassungswidrigkeit nahezu aller Straftatbestände begründen ließe.[10] Vor allem aber ist der bereits erwähnten Einsicht Rechnung zu tragen, dass für ein Recht als Freiheitsordnung die Gesetzesbestimmtheit lediglich einen – wenngleich wichtigen – Aspekt darstellt.

Die Auslegung des in Art. 103 Abs. 2 GG normierten Erfordernisses der Gesetzesbestimmtheit[11] muss folglich den *Umfang legitimer Unschärfen* in den Blick nehmen.[12] Legitimierend macht sich hier insbesondere das Ziel der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit bei der Behandlung des Einzelfalls geltend.[13] Das liegt dort auf der Hand, wo es um die Beurteilung des Einzelfalls gerade in seinen filigranen Details geht, wie dies insbesondere bei der Strafzumessung der Fall ist.[14] Aber das Wechselspiel von konkretem Fall und abstraktem Rechtssatz lässt es nicht nur als unvermeidlich, sondern als sachgerecht erscheinen, den Umfang der Strafbarkeit in Randbereichen in die Hände der Gerichte zu legen.[15] Die Arbeit am konkreten Fall lässt Probleme im Umgang mit gesetztem Recht viel schärfer hervortreten als sie dem Gesetzgeber vor Augen stehen können, der sich auf das abstrakte Durchspielen der Konstellationen beschränken muss, die ihm – aus welchen Gründen auch immer – in den Blick geraten. Die begrenzte Leistungsfähigkeit des

---

[7] BVerfGE 109, 133, 157 f.

[8] BVerfGE 90, 145, 173.

[9] So aber – zumindest verbal – z.B. v. Münch/Kunig-*Kunig*, GG III, 5. Aufl. 2003, Art. 103 Rn. 29 a.E.; NK-*Hassemer/Kargl*, § 1 Rn. 41.

[10] Vgl. zutreffend kritisch *Herzberg*, Wann ist die Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt" (Art. 103 Abs. 2 GG)?, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 35.

[11] Zur Unbestimmtheit des Bestimmtheitserfordernisses vgl. *Kuhlen*, in diesem Band.

[12] NK-*Hassemer/Kargl*, § 1 Rn. 19, wobei dann freilich das verbale Festhalten an einer Pflicht des Gesetzgebers zu „höchstmöglicher Präzision" (Rn. 41) nicht überzeugt.

[13] Vgl. *Lenckner*, JuS 1968, 305, demzufolge aus Art. 103 Abs. 2 GG eine Verpflichtung des Gesetzgebers folgt, „eine Regelung zur Verfügung zu stellen, die so bestimmt ist, wie dies bei Berücksichtigung der Erfordernisse materieller Gerechtigkeit möglich ist"; auch *Schmidhäuser*, GS Martens, 1987, S. 238 ff.

[14] Vgl. auch NK-*Hassemer/Kargl*, § 1 Rn. 18; *Herzberg*, Wann ist die Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt" (Art. 103 Abs. 2 GG)?, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 59 ff. Hier ist freilich auch der Bereich markiert, in dem die gesetzliche Bestimmtheit an die Grenzen sprachlicher Möglichkeit stößt. Zu diesen Grenzen etwa NK-*Hassemer/Kargl*, § 1 Rn. 30 ff.; *Kirchhof*, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987, S. 23 ff.; *Müller-Dietz*, in: FS Jahr, 1993, S. 133 ff.

[15] Das zeigt sich im Übrigen auch an den absoluten Strafandrohungen, wie etwa bei § 211 StGB, die dazu tendieren, in der Anwendung auf den Einzelfall die Gerechtigkeit zu verfehlen – was dann zu den bekannten „Verrenkungen" in Praxis und Wissenschaft zur Erzielung angemessener Ergebnisse führt; vgl. dazu etwa Maurach/*Schroeder*/Maiwald, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 24 ff.

Gesetzgebers ist also dem Gesetzgebungsverfahren immanent, die Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe folglich keine Schwäche, sondern innerhalb des skizzierten Rahmens ein Gebot. Wenn die Konsistenz einer Rechtsordnung – und das bedeutet auch: Anpassungsfähigkeit an die Besonderheiten des Einzelfalls – zugleich deren Gerechtigkeitsgehalt kennzeichnet, so ist damit in den Randzonen von Tatbeständen, die den zentralen Bereich der politischen Entscheidung nicht nachhaltig berühren, die Sache der Gerechtigkeit in den Händen der Richter allemal besser aufgehoben.[16] Hier steht für den Bürger nicht formelle Ableitung vom Souverän, sondern Sachgerechtigkeit im Kontext gesetzgeberisch vorgegebener Richtungsentscheidungen im Vordergrund. Als Verwirklichung von Freiheit wird hier vor allem der professionelle Umgang mit einem rechtlichen Problem angesehen.[17]

Die Kompetenz der Gerichte zur Konturierung der Verhaltensnormen ist nicht zuletzt deshalb in zunehmendem Maße gefragt, weil die sozialen Verhältnisse an Komplexität gewonnen haben.[18] Das gilt schon dort, wo an sich „handfeste" Rechtsgüter wie körperliche Integrität, Leben oder Eigentum in Rede stehen, weil die an den Einzelnen zu richtenden Sorgfaltsanforderungen zum Schutz dieser Güter, etwa im Rahmen von komplexen industriellen Arbeitsprozessen oder bei unternehmerischen Entscheidungsvorgängen mit gestuften und geteilten Verantwortlichkeiten, alles andere als klar sind.[19] Entsprechende Probleme stellen sich mit der zunehmenden Etablierung von Rechtsgütern, deren Schutzwürdigkeit von der Austarierung individueller Freiheit und sozialer Bindung abhängig ist.[20] Das gilt für die Nötigung nach § 240 StGB ebenso wie für den neuen § 201a StGB, der die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen unter Strafe stellt.[21] Vielfach kommen komplexe Rechtsgüter und komplexe Angriffswege zusammen. So ist das im Spannungsfeld von erlaubter Wirtschaftstätigkeit und krimineller Beeinträchtigung stehende Vermögen vielfältigen Bedrohungen ausgesetzt, die erst durch die Instrumente des modernen Wirtschaftsverkehrs ermöglicht wurden (vgl. §§ 263a, 266b StGB).

Der normativen Ausdifferenzierung der sozialen Wirklichkeit und der Verhaltensnormen korrespondiert ein entsprechend ausdifferenziertes System der Sanktionsnormen.[22] Davon wird auch der Allgemeine Teil des Strafrechts erfasst: Die Unbestimmtheit von Vorschriften für die unechten Unterlassungsdelikte (§ 13 StGB) oder zur Regelung der mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 2. Alt.

---

[16] Eindrücklich *Lenckner*, JuS 1968, 255 f. am Beispiel des „Badewannenfalls" (RGSt 74, 84); a.A. *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 31 f.

[17] Freilich markieren die genannten Sachgründe auch Grenzen legitimierbarer Unschärfen; vgl. *Landau*, ZStW 121 (2009), 974. Dass die Grenzen des äußerst möglichen Wortsinns von den Gerichten zu respektieren sind, wird hier selbstverständlich nicht zur Diskussion gestellt; insoweit hat der Gesetzgeber ja gerade Klarheit geschaffen; vgl. zu diesem Problemkreis jüngst BVerfG, NStZ 2009, 83 mit zutreffend kritischer Anm. *Simon*. Zu Recht kritisch auch *Hüpers*, HRRS 2009, 66 ff.; *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 ff.

[18] Vgl. zum Folgenden *Lenckner*, JuS 1968, 253 ff.; ferner *Kuhlen*, in diesem Band.

[19] Vgl. dazu auch *Beulke*, in diesem Band.

[20] Ohne Belang ist es in diesem Zusammenhang, ob die Ausdehnungen des strafrechtlichen Schutzes in der Sache berechtigt sind (a.A. wohl *Müller-Dietz*, in: FS Lenckner, 1998, S. 183 f.). Denn diese Diskussion liegt auf einer anderen Ebene. Jedenfalls können Schwierigkeiten bei der Formulierung eines hinreichend bestimmten Tatbestandes nicht dazu führen, dass ein Rechtsgut, dessen Verletzung unter einem bestimmten Aspekt als strafwürdig und strafbedürftig angesehen wird, wegen dieser Schwierigkeiten schutzlos bleiben müsste.

[21] Dazu, auch zum (unberechtigten) Vorwurf der Unbestimmtheit der Vorschrift, *Murmann*, in: FS Maiwald, im Erscheinen.

[22] Auch dazu *Lenckner*, JuS 1968, 253 ff.

StGB) konnte erst dann unangenehm auffallen, als sie normiert wurden – Anwendung fanden diese Rechtsfiguren freilich auch zuvor schon, so dass gewissermaßen nur ein Bestimmtheitsproblem von den Tatbeständen des Besonderen Teils auf den Allgemeinen Teil verlagert wurde.[23] Auch die verschiedenen Stufen im Deliktsaufbau wurden an die normative Komplexität ihres Gegenstandes angepasst. Das Empfinden für die Unbestimmtheit von Normen wurde demnach wesentlich angeschoben durch die normativierenden Strömungen in der Strafrechtwissenschaft, wie sie im 20. Jahrhundert zunächst mit dem Neukantianismus[24] und dann wieder in der Folge eines allgemeinen Zweckdenkens in der Dogmatik[25] wirkmächtig geworden sind. Während der positivistische Naturalismus der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts (zumindest dem wissenschaftlichen Anspruch nach[26]) deskriptiv orientiert war und so die äußere Tatseite als naturwissenschaftliche Kausalität und die subjektive Seite als psychische Beziehung zu diesem naturhaften Zusammenhang erfassen wollte, war nun das gesamte Straftatsystem normativ gesättigt: Angefangen beim Verhaltensnormverstoß (der rechtlich missbilligten Gefahrschaffung) und dessen Realisierung im Erfolg (insb.: Schutzzweckzusammenhang) über die materielle Rechtswidrigkeit bis hin zu einem materiellen Schuldbegriff, der Schuld als Vorwerfbarkeit umreißt. Es liegt auf der Hand, dass damit gegenüber einem naturalistischen Bild der Straftat erhebliche Unbestimmtheit entstanden ist. Dennoch stellt diese wertend-differenzierende Sicht auf das Delikt einen Fortschritt dar, der die Unschärfen nicht nur aufwiegt, sondern letztlich vor allem deutlicher sichtbar gemacht hat. Es war also nicht etwa früher (im ausgehenden 19. Jahrhundert) alles besser,[27] sondern es war nur manches einfacher und einiges wohl auch schlechter.

Mit diesen Leitlinien für die Konturierung des Bestimmtheitsgrundsatzes wird der Gesetzgeber nicht etwa ohnmächtig den Gerichten ausgeliefert: Wenn sein politischer Wille in eine andere Richtung weist, kann er jede Entwicklung der Rechtsprechung im verfassungsrechtlichen Rahmen korrigieren[28] – es fällt auf, wie selten der Gesetzgeber im Strafrecht[29] zu diesem Mittel greift.

---

[23] Entsprechend gab es auch vor der expliziten Normierung schon Kritik in Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz, wenn etwa die Gleichstellung von Tun und Unterlassen als Problem der Tatbestandsauslegung behandelt wurde; vgl. dazu – einen Verstoß gegen nulla poena sine lege verneinend – *Maurach*, Deutsches Strafrecht AT, 1954, S. 237; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 209: „tiefgreifende Einschränkung".

[24] Dazu *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 104 ff.

[25] Dabei speist sich dieses moderne Zweckdenken aus sehr unterschiedlichen Quellen. Im Resultat – Normativierung – treffen sich aber funktional auf die Gesellschaft bezogene Konzepte und solche Konzepte die (zutreffend) das Recht vom freien Individuum aus auf das freie Individuum hin entwerfen; dazu eingehend *Murmann*, in: Radtke/Krack (Hrsg.), Symposium zum 70. Geburtstag von Fritz Loos, im Erscheinen.

[26] Natürlich wurde der Naturalismus in vielfältiger Weise normativ korrigiert, sei es durch Überlegungen zur Modifizierung der Kategorie der Kausalität (etwa durch individualisierende Kausalitätstheorien oder die Adäquanztheorie, vgl. *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, S. 45 ff., 58 ff.) oder durch Korrektive im Vorsatz, wenn etwa ein offenbar zu sachwidrigen Ergebnissen führender Vorsatz als bloßes „Wünschen" abgetan wurde (so verschiedentlich in den sogenannten „Erbonkelfällen", vgl. in diesem Sinne noch *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 66) oder der abweichende Kausalverlauf „bei wertender Betrachtung" nicht vom Vorsatz umfasst sein soll (so immer noch die Rechtsprechung, vgl. BGHSt 7, 325, 329; 14, 193 f.; 23, 133, 135).

[27] So aber *Hassemer*, ARSP-Beiheft 44 (1999), 134.

[28] Dass die größten Unschärfen nicht im Bereich der Straftatbestände, sondern in den Primärordnungen liegen – welches Verhalten ist überhaupt rechtlich missbilligt als Vorfrage jeglicher Strafbarkeit – sei hier nur am Rande erwähnt.

[29] Im Steuerrecht sieht das durchaus anders aus; vgl. zu den sogenannten „Nichtanwendungsgesetzen" Tipke/*Lang*, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 5 Rn. 30; beispielhaft *Wernsmann/Desens*, DStR 2008, 221 ff.

Mit diesem Befund werden überzogene Anforderungen an den Gesetzgeber zurückgewiesen und der Vernunft der Gerichte einiges zugetraut – das liegt quer zum Trend der Strafrechtswissenschaft.[30]

Die hier vertretene Auffassung liegt aber auf der Linie der von Seiten der Strafrechtswissenschaft dementsprechend vielfach gescholtenen Rechtsprechung des BVerfG, wenn das Gericht die Verwendung von Begriffen akzeptiert, „die nicht eindeutig allgemeingültig umschrieben werden können und die in besonderem Maße der Auslegung durch den Richter bedürfen".[31] Ausreichend ist also, wenn sich Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände „durch Auslegung ermitteln lassen".[32] Freilich darf auch nicht willkürlich zu unscharfen Formulierungen gegriffen werden, sondern nur dann, wenn die skizzierten Sachgründe für die Eröffnung richterlicher Auslegungsspielräume tragen.

Nun bedarf das materielle Strafrecht bekanntlich zu seiner Verwirklichung eines Verfahrens.[33] Die Bestimmtheit strafrechtlicher Tatbestände bleibt ohne Wirkung, wenn ihre Anwendung im Verfahren von der Willkür von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten abhängt.

Blickt man nun also auf den Strafprozess, so werden hier die Anforderungen an die Gesetzlichkeit der Verfahrensregeln aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip, in seiner Ausprägung als Vorbehalt des Gesetzes, entwickelt (Art. 20 Abs. 3 GG).

Es ist eine der heute zu erörternden Fragen, ob die praktisch gängigen Ermittlungseingriffe den insoweit bestehenden Anforderungen genügen. Mein Eindruck ist, dass dies nicht immer der Fall ist und dass man sich etwa die Informationserlangung durch Einsatz von Vertrauensleuten nicht auf die Ermittlungsgeneralklauseln (§§ 160 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO) als Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers für diese Ermittlungsmethode berufen kann.[34] Dieser Verlust gesetzlicher Kontrolle im Ermittlungsverfahren ist von erheblicher Bedeutung. Er ist zu sehen im Zusammenhang mit einer zunehmenden Verlagerung entscheidungsdeterminierender Vorgänge von der Hauptverhandlung in das Ermittlungs-

---

[30] Vgl. etwa *Hassemer*, ARSP-Beiheft 44, 134; *Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986, S. 298 ff.; *Naucke*, Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 483 ff.; *ders.*, KritV 2000, 132 ff.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 4, 6 (Gesetzesbestimmtheit als „Tiefpunkt des nulla-poena-Satzes"), S. 29 ff.; *Süß*, Vom Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 207 ff. In der grundsätzlichen Tendenz wie hier *Herzberg*, Wann ist die Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt" (Art. 103 Abs. 2 GG)?, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 31 ff.; *Schmidhäuser*, GS Martens, 1987, S. 238 ff.

[31] BVerfGE 55, 144, 152; vgl. auch BVerfGE 57, 250, 262; 96, 68, 97 f.

[32] BVerfGE 96, 68, 97.

[33] Näher zum Zweck des Strafverfahrens *Murmann*, GA 2004, 65 ff.

[34] Dazu *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, III Rn. 13, 442; a.A. *Heghmanns*, in diesem Band, dessen Vorschlag, auf den V-Mann die strafprozessualen Vorschriften zur Vernehmung (und damit auch zur Belehrung) anzuwenden, aber letztlich auch darauf hinaus läuft, dass eine Rechtsgrundlage für den Einsatz von V-Leuten in ihrer praktisch gebräuchlichen Form fehlt.

verfahren. Damit einher geht – zumindest nach dem Gesetzeswortlaut (§§ 160 Abs. 1, 163 Abs. 2 S. 1 StPO) – eine Kompetenzverlagerung auf die Staatsanwaltschaft; faktisch eine Kompetenzverlagerung auf die Polizei.[35] Die ungesetzliche Praxis polizeilicher Verfahrensherrschaft führt dazu, dass wesentliche Weichenstellungen im Strafverfahren nicht nur ohne ausreichende gesetzliche Grundlage, sondern auch von den gesetzlich hierzu nicht zuständigen Organen vorgenommen werden.

Diese Vorgänge sind für sich genommen schon bedenklich. Sie gewinnen aber zusätzliches Gewicht noch dadurch, dass es in der Natur der heute ebenfalls zu erörternden entformalisierten Erledigungsmöglichkeiten liegt, dass sie sich maßgeblich auf die Aktenlage stützen, also auf die von der Polizei produzierten Ergebnisse.[36]

Die Schwächung der Hauptverhandlung, die durch die Prinzipien richterlicher Aufklärung, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gerade Distanz zum Ermittlungsergebnis schaffen soll, führt in einen partiellen Rückfall in das Inquisitionsverfahren mit seiner Identität von Ermittler und Entscheider.[37] Ein Richter, der seine Entscheidung allein auf die Informationen stützen kann, die er von den Ermittlungsbehörden erhält, ist nicht viel mehr als ein Staatsanwalt am Richtertisch. Und wenn die Polizei die Informationen beschafft hat – man wagt kaum, es auszusprechen …

Vor diesem Hintergrund entbehrt es nicht einer gewissen Konsequenz, dass in der Praxis das Verfahrensstadium der Hauptverhandlung meist überhaupt nicht erreicht wird.[38] Vielfach liegt der Grund dafür in Opportunitätseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft. Dabei verschärfen sich die Bedenken aus dem Gesetzlichkeitsprinzip hier noch mit Blick auf die materiellrechtlichen Implikationen der Opportunitätseinstellungen als Rechtsfolgenregelungen. Man sollte nun meinen, dass die Anforderungen an solche Regelungen nicht deshalb aufgelöst werden können, weil sie im Strafprozessrecht angesiedelt sind.[39] Man kann hier meines Erachtens auch nicht damit argumentieren, dass die Einstellungsmöglichkeiten für den Beschuldigten ja lediglich günstig seien und deshalb die Bestimmtheitsanforde-

---

[35] Siehe etwa *Ambos*, Jura 2003, 674 ff.

[36] *Fischer*, NStZ 2007, 436.

[37] Dafür kommt es nicht auf die formale Rolle der Beteiligten an, sondern auf die Herkunft der für die Entscheidung maßgeblichen Informationen. Dazu der Text.

[38] Vgl. dazu den in diesem Band abgedruckten Beitrag von *Jehle*.

[39] Vgl. *Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), Frankfurt a.M. u.a. 1986, S. 68 ff.; *Süß*, Vom Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 209 mit Fn. 15. Für eine Verfassungswidrigkeit von § 153a StPO am Maßstab von Art. 103 Abs. 2 GG soweit die Entscheidung in die Hand der Staatsanwaltschaft gelegt ist deshalb *Kausch*, Der Staatsanwalt – Ein Richter vor dem Richter?, 1980, S. 157 ff.; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (26. Aufl. 2009), § 14 Rn. 14: der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 und damit zusammenhängend die Rechtsweggarantie seien dadurch verletzt, dass die Anwendung des § 153a StPO im Ermessen der Staatsanwaltschaft stehe, wodurch unter Anderem eine unerträgliche Privilegierung gravierender Wirtschaftskriminalität ermöglich werde. Anders aber das BVerfGE 50, 205, 214; 92, 277, 362 und *Beulke*, in diesem Band.

rungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht greifen. Denn zum einen kommt dem Bestimmtheitsgrundsatz auch ein objektiv-rechtlicher Gehalt zu[40] und zum anderen bedarf auch die Nichtanwendung einer für den Beschuldigten günstigeren Gestaltung der Legitimation und kann nicht ins Beliebige verschoben werden.[41]

Das Beharren auf der Kritik an den Opportunitätseinstellungen trägt freilich angesichts der praktischen Bedeutung und Verfestigung dieses Instituts wirklichkeitsfremde und vielleicht auch querulatorische Züge.[42] Dabei erscheint mir nach den bisherigen Überlegungen die Orientierung an unbestimmten Rechtsbegriffen („geringe Schuld", keine „Schwere der Schuld", Fehlen eines „öffentlichen Interesses") auf der Rechtsfolgenseite durchaus noch akzeptabel. Die Auflösung zuverlässiger rechtlicher Bindungen droht hier vielmehr von dem weitgehend auf Basis der Aktenlage geführten Geheimverfahren, das sich durch den Verzicht auf Entscheidungsbegründungen auszeichnet und das teilweise ohne richterliche Beteiligung und fast immer ohne richterliche Kontrolle auskommen muss. Der Ausschluss von Anfechtungsmöglichkeiten des durch die Tat verletzten Anzeigenerstatters (§ 172 Abs. 2 S. 3 StPO) gehört ebenfalls zu diesem Konzept.

In diesem Kontext ist noch ein Aspekt nachzutragen und zu betonen, der in den Ausführungen zum Bestimmtheitsgrundsatz nicht explizit gemacht wurde: Die den Gerichten zugetrauten rechtskonkretisierenden Leistungen stehen selbstverständlich unter dem Vorbehalt der Einhaltung eines Verfahrens, in dem Raum für einen rechtlichen Diskurs besteht und an dessen Ende eine intersubjektiv nachprüfbare, rational begründete Entscheidung steht.[43] Dieses Erfordernis entfaltet legitimierende Wirkung nicht nur mit Blick auf die Sicherung der Qualität richterlicher Entscheidungen, sondern auch mit Blick auf deren Akzeptanz innerhalb der Rechtsgemeinschaft und die Anforderungen des Gleichheitssatzes.

Dabei soll nicht etwa behauptet werden, dass sich die Praxis des Mittels der Opportunitätseinstellungen in sachwidriger und willkürlicher Weise bedient.[44] Aber wenn dieser beruhigende Befund zutreffen sollte, so haben wir ihn nicht der Qualität der gesetzlichen Regelungen zu verdanken, sondern dem Verantwortungsbewusstsein der Praktiker.[45] Als persönliche Beobachtung aus der Praxis sei immerhin darauf hingewiesen, dass die Einstellung nach § 153a StPO verteidigten Beschuldigten signifikant häufiger zugutekommt. Entgegen *Beulke*[46] scheint mir der praktisch fehlende Zugang zu einer bestimmten Form der Verfahrenserledigung durchaus von anderer Qualität zu sein als die sonst feststellbaren Ungleichheiten zwischen verteidigten und unverteidigten Beschuldigten. Es ist schließlich nicht ausgemacht, ob man sich auch in Zukunft ohne weiteres auf die Redlichkeit der Praxis wird verlassen können. Das zeigen – wenn hier ein Blick auf die Mentalität europäischer Institutionen geworfen wird – etwa die Überlegungen der Europäischen Kommission zu ausgehandelten Opportunitätseinstellungen durch einen (angestrebten) Europäischen Staatsanwalt: Die Möglichkeit der Ein-

---

[40] Maunz/Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Art. 103 Rn. 180.

[41] Vgl. *Kausch*, Der Staatsanwalt – Ein Richter vor dem Richter?, 1980, S. 162 ff.; *Maiwald*, in: FS Gallas, 1973, S. 150 f.; ferner *Lenckner*, JuS 1968, 252; dagegen *Erb*, Legalität und Opportunität, 1999, S. 110 f., der meint, es handle sich „nur um den Fall einer faktischen Ungleichbehandlung bei der Rechts*anwendung*". Aber das trifft nicht zu, wenn die ungleichheitsfördernde Maßstabslosigkeit schon in der Norm angelegt ist.

[42] Deutlich positiver fällt dementsprechend auch das Urteil von *Beulke*, in diesem Band, aus.

[43] Vgl. *Schmidhäuser*, GS Martens, 1987, S. 242.

[44] Zu empirischen Untersuchungen LR-*Beulke*, § 153a Rn. 30.

[45] Vgl. LR-*Beulke*, § 153a Rn. 15.

[46] In diesem Band.

stellung nach „Schadenswiedergutmachung" könne „dann nützlich sein, wenn die Aussicht auf eine Verurteilung der betreffenden Person gering ist".[47]

Die Entscheidung des Souveräns verliert bei den Opportunitätseinstellungen damit deutlich an legitimierender Kraft. Hier zeigt sich – insbesondere soweit es § 153a StPO anbelangt – ein grundsätzlicher Systemwechsel: Die aus dem Gesetz gespeiste Autorität der richterlichen Entscheidung, die sich auf materieller Gerechtigkeit wie auch Verfahrensgerechtigkeit stützt und daraus ihren Anspruch auf Verbindlichkeit bezieht, tritt zurück zugunsten konsensualer Erledigung. Legitimierend wirkt nicht mehr in erster Linie die Entscheidung des Gesetzgebers, sondern die Zustimmung des Beschuldigten, für deren Relevanz der Gesetzgeber nur noch einen groben Rahmen vorgibt.

Dabei betrifft die konsensuale Erledigung nicht nur den zugrunde zu legenden Sachverhalt und die rechtlichen Folgen. Auch die Reichweite der Straftatbestände wird in vielfältiger Weise offen oder verdeckt im Wege des Konsenses festgelegt oder kurzerhand offen gelassen. Ausdrücklich geschieht dies, wenn mit der Opportunitätseinstellung gerade der Klärung schwieriger Rechtsfragen aus dem Wege gegangen werden soll (Fall Kohl).[48] In der Sache geschieht es aber auch dann, wenn etwa Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen verschiedenen Straftatbeständen durch die Einstellung irrelevant werden oder die eingeschränkte Aufklärung des Sachverhalts, wie sie insbesondere die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft kennzeichnet, entsprechend auch die Subsumtion mit Ungenauigkeiten belastet.

Die Tendenz, die Sanktion von der Zustimmung des Beschuldigten abhängig zu machen, damit die Verantwortung für das Verfahrensergebnis partiell auf den Beschuldigten zu verlagern und als Kehrseite die Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung sowie die Verfahrensbindungen zu lockern, findet sich auch an anderen Stellen im Strafprozess, z.B. im Strafbefehlsverfahren.[49]

Besonders deutlich aber zeigt sich diese Tendenz bei den Absprachen im Strafprozess. Das sieht freilich der BGH anders[50] und der Gesetzgeber ist ihm in der Begründung zum neuen Recht gefolgt:[51] Es bleibe bei der Aufklärungspflicht und beim Schuldprinzip. Es solle gerade kein Systemwechsel erfolgen.

Das mag man wünschen – und die Achtung des Schuldprinzips als Ausfluss der Menschenwürde verlangt danach.[52] Mit den nunmehr vom Bundestag be-

---

[47] Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, S. 50; dazu schon treffend *Schünemann*, StV 2003, 121: „flagrante Rechtsstaatswidrigkeit".

[48] Zutreffend kritisch *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 428.

[49] Zusammenfassend zu den diesbezüglichen rechtsstaatlichen Bedenken *Ambos*, Jura 1998, 288.

[50] BGHSt 43, 195; 50, 40.

[51] Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drs. 16/12310, S. 8, 13 f.

[52] BVerfGE 57, 250, 275: Dem Strafprozess sei von der Verfassung die Aufgabe gestellt, „das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen. Als zentrales Anliegen des Strafprozesses erweist sich daher die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Der Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren kann deshalb auch durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen". Vgl. auch BVerfGE 63, 45, 61; BVerfG, NJW 1987, 2662, 2663; BGHSt (GrS) 50, 40, 48.

schlossenen Regelungen wird es sich nicht realisieren lassen.[53] Die Einhaltung der strafprozessualen Prinzipien im Rahmen von Absprachen hat schon der BGH vergeblich angemahnt[54] und der Gesetzgeber, der mit dem Gesetzentwurf auf den Spuren des BGH wandelt, wird damit kaum mehr Erfolg haben.[55] Und zwar nicht wegen der Böswilligkeit der Richter, sondern weil die Absprache ihrem sachlichen Gehalt nach notwendig diesen prozessualen Prinzipien widerspricht.[56]

Das aus taktischen Gründen abgegebene Geständnis ist weder ein akzeptabler Beitrag zur Wahrheitsermittlung,[57] noch verdient es die Berücksichtigung bei der Strafzumessungsschuld, die ihm aus der Sicht des Angeklagten erst die erforderliche Attraktivität verleiht.[58, 59]

---

[53] Zutreffend *Schünemann*, ZRP 2009, 106; eingehend *Murmann*, ZIS 2009, 531 ff.

[54] Vgl. BGH, StV 2000, 556; StraFo 2003, 97 mit Anm. *Salditt*; StV 2004, 470, 471; NStZ 2004, 342; NStZ 2005, 279; StV 2007, 619; *Erb*, in: GS Blomeyer, 744, 750 ff.; *Fischer*, NStZ 2007, 434; *Harms*, in: FS Nehm, 2006, S. 292 f.; *Hauer*, Geständnis und Absprache, 2007, S. 65 ff.; *Jähnke*, ZRP 2001, 575 f.; *Pfister*, StraFo 2006, 349, 352; *Schmitt*, GA 2001, 425 f.; *Trüg*, ZStW 120 (2008), 368; *Weider*, StraFo 2003, 407 f.; empirische Erkenntnisse bei *Altenhain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007, S. 312 ff., 331 ff.

[55] Zutreffend *Fischer*, NStZ 2007, 435; *ders.*, StraFo 2009, 184; etwas optimistischer *Jähnke*, ZRP 2001, 577 („Ich vertraue darauf, dass eine gesetzliche Regelung auch eine Signalwirkung hat, weil unsere deutschen Richter sich ja wohl an das Gesetz halten werden, wenn die Regelung einmal im Gesetz steht"); *Pfister*, StraFo 2006, 354. Wenig Anlass zum Optimismus bietet die Stellungnahme von *Bittmann*, DRiZ 2007, 22 ff., der weitreichende (und teils hochproblematische) Forderungen aus praktischer Sicht formuliert und unverhohlen davon ausgeht, dass mit Missbrauch zu rechnen sei, wenn die gesetzlichen Regelungen den Vorstellungen der Praxis nicht entsprächen (a.a.O., 27). Ähnliche Befindlichkeiten von Praktikern finden sich bei *Meyer-Goßner*, ZRP 2004, 187 zitiert.

[56] *Altenhain/Hagemeier/Haimerl*, NStZ 2007, 76; *Fischer*, StraFo 2009, 181 ff.; *Harms*, in: FS Nehm, 2006, S. 293, 295; *Hettinger*, in: FS Müller, 2008, S. 277; *Meyer-Goßner*, Ergänzungsheft zur 52. Aufl. 2009, § 257c Rn. 3; *Rieß*, JR 2005, 436; *Schünemann*, StraFo 2004, 295; *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, 443; *Weigend*, NStZ 1999, 57, 63; *ders.*, in: FG BGH, IV, 2000, S. 1013 ff. Insofern zutreffend die Begründung zum Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren des Strafrechtsausschusses der BRAK (www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/Stn25_05.pdf), S. 3: „Naturgemäß wird auch und gerade der Aufklärungsgrundsatz durch das Institut der Urteilsabsprache zumindest faktisch relativiert. Die Auffassung, wonach der Aufklärungsgrundsatz von einer Urteilsabsprache unberücksichtigt bleiben müsse, erscheint wirklichkeitsfremd und unpraktikabel."

[57] Vgl. BGHSt 48, 161, 168; BGH, StV 2006, 118, 121; NStZ-RR 2007, 245, f.; KG, StraFo 2006, 169 m. Anm. *König*: In Fällen der Absprache „wird der Verurteilte aber häufiger als sonst ein einleuchtendes Motiv für die Abgabe eines falschen Geständnisses darlegen können"; *Ransiek*, ZIS 2008, 119 ff.; *Weigend*, in: FG BGH, IV, 2000, S. 1040. Der Konsens vermag die Wahrheitsfindung weder zu verbürgen noch zu ersetzen; a.A. die (teils) mit großem theoretischen Aufwand in verschiedenen Spielarten vorgetragenen Konsenstheorien (etwa *Jahn*, ZStW 118 [2006], 454 ff.; *Matt/Vogel*, in: FS zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, 2006, S. 391; *Meyer-Goßner*, ZRP 2004, 190 f.; *Trüg*, ZStW 120 [2008], 367 ff.; *Volk*, in: FS Salger, 1995, S. 411; *Weßlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, 2002, S. 65 ff.; *Widmaier*, NJW 2005, 1987; dazu *Murmann*, ZIS 2009, 531 f.; *Stübinger*, Das „idealisierte" Strafrecht, 2008, S. 565 ff.

[58] *Erb*, in: GS Blomeyer, 2004, S. 745 ff.; *Fischer*, StraFo 2009, 181 f.; *Hettinger*, in: FS Müller, 2008, S. 278; *Lien*, GA 2006, 133; *Murmann*, ZIS 2009, 533; *Rönnau*, Die Absprachen im Strafprozess, 1990, S. 96 ff.; *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, 441 f.; *Weigend*, NStZ 1999, 60 f.; a.A. *Ioakimidis*, in: Heghmanns/Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, VIII Rn. 66. Zum Umfang der Honorierung des Geständnisses vgl. *Altenhain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007, S. 160 ff. Zutreffend die Einsicht betonend, dass es gerade um die Erzielung von Vorteilen geht, die durch ein außerhalb einer Absprache abgelegtes Geständnis nicht zu erlangen wären, *Haller*, DRiZ 2006, 277.

An diesen Grundübeln hätte auch das vom Rechtsausschuss des Bundesrats geforderte „der Nachprüfung zugängliche und zur Überzeugung des Gerichtes der Wahrheit entsprechende Geständnis“[60] nichts Grundlegendes ändern. Die am heutigen Tag (10. Juli 2009) getroffene Entscheidung des Bundesrats, auf eine Anrufung des Vermittlungsausschusses wegen dieser Frage zu verzichten, betrifft allenfalls den für die Umgehung der Aufklärungspflicht erforderlichen Aufwand – der nun vom Gesetzgeber niedrig gehalten wird.

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sollte durch den Verzicht auf die Formulierung zusätzlicher Anforderungen an das Geständnis eine stärkere Flexibilität für den Einzelfall sichergestellt werden. So seien Konstellationen denkbar, in denen eine volle Nachprüfbarkeit nicht möglich oder mit Blick auf Opferschutzbelange nicht wünschenswert sei.[61] Ein inhaltsleeres Formalgeständnis soll dagegen – im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH[62] – auch nach der Begründung des Regierungsentwurfs nicht ausreichen.[63] Vor diesem Hintergrund kann man sich freilich fragen, ob zwischen den Vorstellungen des Bundesrates und denen der Bundesregierung in der Sache ein nennenswerter Unterschied besteht.[64] Jedenfalls kommen die an das Geständnis gestellten Anforderungen eher einem Intelligenztest für den Angeklagten gleich, als dass sich mit ihnen wirklich die Qualität eines Geständnisses überprüfen lassen könnte. Der Angeklagte muss lediglich etwas wortreicher den Inhalt der Anklage wiedergeben und darf sich nicht in Widerspruch zur Aktenlage (als dem regelmäßig einzigen dem Gericht zur Verfügung stehenden Prüfungsmaßstab)[65] setzen – eine Hürde, die der verständigungswillige Angeklagte nehmen wird, um die Absprache nicht zu gefährden. Das Gericht, das mit der Zulassung der Anklage zum Ausdruck gebracht hat, dass es keinen Zweifel an deren Konsistenz hat, wird regelmäßig mit seinen Rückfragen kaum eine grundlegende Schwäche der Einlassung aufdecken.[66] Es ist, nebenbei bemerkt, auch nicht wirklich daran interessiert, durch gar zu kritische Nachfragen das erreichte Ergebnis wieder zur Disposition zu stellen.[67]

---

[59] Es sollte sich eigentlich auch von selbst verstehen, dass der Gewinn an Verfahrensbeschleunigung (oder: der Verzicht auf Verfahrensobstruktion) dem Beschuldigten nicht durch eine mildere Strafe abgekauft werden kann (s. schon BGHSt 1, 105, 106; zutreffend *Erb*, in: GS Blomeyer, 2004, S. 746 f.; *Fischer*, StraFo 2009, 181; *Hettinger*, in: FS Müller, 2008, S. 278; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozess, 1990, S. 82 ff.; *Weigend*, FG BGH, 1041 f.; *ders.*, NStZ 1999, 60 f.) – so wenig wie umgekehrt die Verlängerung eines Verfahrens durch den Angeklagten eine höhere Strafe rechtfertigt. Die kürzere Verfahrensdauer ist lediglich Reflex eines glaubhaften Geständnisses, aufgrund dessen eine weitere Beweisaufnahme obsolet werden kann. Dagegen billigt der BGH (St 43, 195, 208 f.) – offensichtlich vor dem Hintergrund der Einsicht, dass sich ein Strafmaßabschlag beim absprachemotivierten Geständnis sonst nicht rechtfertigen ließe – dem Geständnis unter dem Aspekt der Sachverhaltsaufklärung und Verfahrensabkürzung Strafzumessungsrelevanz zu.

[60] BR-Drs. 582/1/09.

[61] Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/12310, S. 13 f.; gleichlautend die Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/11736, S. 11 f.

[62] BGHSt (GrS) 50, 40, 49; BGH, NStZ-RR 2006, 187.

[63] Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/12310, S. 14; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/11736, S. 12.

[64] Sowohl die Bundesregierung und die Fraktionen der CDU/CSU und der SPD als auch der Bundesrat beziehen sich auf BGHSt (GrS) 50, 40, 49.

[65] Vgl. schon BGHSt 50, 40, 49. Empirisch belegt durch *Altenhain/Hagemeier/Haimerl*, NStZ 2007, 76.

[66] *Kempf*, StV 2009, 273.

[67] Zutreffend *Weigend*, in: FG BGH, IV, 2000, S. 1035. Es ist vor diesem Hintergrund durchaus nicht völlig abseitig, dass unter den an der Absprache Beteiligten auch der Inhalt des Geständnisses in seinen Einzelheiten festgelegt wird; vgl. zu Einzelfällen dieser Art *Altenhain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007, S. 121.

Illusorisch dürfte auch die Annahme sein, die garantierte Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung sichere die rechtliche Kontrolle durch die Revisionsgerichte:[68] Die einvernehmliche Festlegung eines Entscheidungsergebnisses hemmt sowohl aus psychologischen Gründen als auch wegen der regelmäßig gegebenen Akzeptanz des Ergebnisses die Bereitschaft zur Rechtsmitteleinlegung – und zwar ganz unabhängig davon, ob eine Absprache rechtmäßig oder rechtswidrig zustande gekommen ist.[69] Es wird sogar regelmäßig so sein, dass zur Vermeidung von Anfechtungen gerade bei rechtswidrigen Absprachen das Bemühen um ein die Beteiligten, insbesondere den Angeklagten, zufriedenstellendes Ergebnis besonders ausgeprägt sein wird.[70] Drastischer noch könnte man schließlich das nicht ganz fernliegende Bild einer sich über viele Verfahren verfestigenden „Absprachenkumpanei" unter den professionell am Verfahren Beteiligten an die Wand malen:[71] Ein Ausscheren wird hier als Ausdruck von Unzuverlässigkeit gewertet und folglich mit dem Ausschluss aus dieser Gemeinschaft bestraft[72] – ein wirtschaftlich durchaus ernst zu nehmendes Risiko für einen Verteidiger. Kurzum: Die Masse der durch Absprache erledigten Fälle bleibt revisionsgerichtlicher Überprüfung entzogen und damit im Halbdunkel – zu Recht spricht *Fischer* von einer „eindrucksvollen Selbst-Entmachtung" des BGH,[73] die – so muss man nun ergänzen – den Gesetzgeber zu einer Entmachtung der Revisionsgerichte inspiriert hat – mit durchaus absehbaren Folgen für die Rechtskultur.[74]

---

[68] So die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT Drs. 16/12310, S. 9; dagegen schon *Murmann*, ZIS 2009, 534.

[69] Vgl. BGHSt (GrS) 50, 40, 60: regelmäßig kein Bedürfnis der an einer fairen Absprache Beteiligten an einer revisionsgerichtlichen Überprüfung; *Altenhain/Haimerl*, GA 2005, 298; *Dahs*, NStZ 2005, 580; *Duttge/Schoop*, StV 2005, 421; *Ioakimidis*, in: Heghmanns/Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, VIII Rn. 110.

[70] Weshalb es auch nicht treffend ist, wenn *Jahn*, ZStW 118 (2006), 429, meint, es seien gerade die „unspektakulären Fälle gelungener Verständigung", die die Rechtsmittelinstanz nicht erreichen.

[71] *Fischer*, StraFo 2009, 179: „Strukturen gegenseitiger Abhängigkeit und Verpflichtung". Der Realitätsgehalt dieser Befürchtung ergibt sich zum einen dadurch, dass sich die professionellen Akteure des Strafprozesses schon aufgrund ihres räumlichen Tätigkeitsfeldes immer wieder begegnen. Das Problem verschärft sich durch die Praxis der Pflichtverteidigerbestellung (§ 142 Abs. 1 StPO): Nicht wenige Richter bevorzugen (wenn sie in ihrer Auswahl nicht durch einen Wunsch des Beschuldigten beschränkt sind, § 142 Abs. 1 S. 2 und 3 StPO), einen kleinen Kreis von Rechtsanwälten für dieses Amt (wenn nicht sogar immer die oder der gleiche bestellt wird). Hier könnte man freilich auch schon eher von Herrschaftsverhältnissen als von Kumpanei sprechen; vgl. hierzu *Weider*, StraFo 2003, 409.

[72] *Harms*, in: FS Nehm, 2006, S. 293; *Jähnke*, ZRP 2001, 576; *Weider*, StraFo 2003, 411.

[73] *Fischer*, NStZ 2007, 434.

[74] *Fischer*, StraFo 2009, 184 f. Einen bemerkenswerten Aspekt dieses Verlusts an Rechtskultur beschreibt *Pfister*, StraFo 2006, 351 f., mit der „Erfahrung, dass die Urteile, die wir zur Überprüfung bekommen, in der Qualität nachgelassen haben". Darauf, dass schon die Fähigkeit zur Verhandlungsführung in schwierigen Situationen verloren geht, verweist *Nehm*, StV 2007, 549 („Mangel an forensischer Souveränität"); ähnlich BGH, StV 2007, 619, zu den verzweifelt anmutenden Versuchen eines Vorsitzenden, den Angeklagten unter dem Druck der Sanktionsschere zu einem Geständnis zu bewegen: Wenn hierdurch der Eindruck entstehe, „dass sich ein Gericht nicht mehr in der Lage sieht, das Verfahren ohne Geständnis zu beenden", müsse ein solcher Vorgang „Anlass zu ernster Sorge über den Zustand der Strafjustiz geben". Schließlich *Nehm*, StV 2007, 549, zu einem weiteren Aspekt des Verlusts an Rechtskultur: „Manche Deliktsgruppen wie zum Beispiel die Untreue oder die strafrecht-

Damit lautet mein – vorläufiger – Befund: Die *Gesetzlichkeit wird vom Strafverfahren her ausgehöhlt*.[75] Das gilt einmal hinsichtlich gewisser strafprozessualer Eingriffe, insbesondere im Ermittlungsverfahren. Vor allem aber gilt es auch hinsichtlich der Bestimmtheit der materiellen Straftatbestände. Das vielfach zu hörende Wehklagen über die mangelnde Bestimmtheit von Tatbeständen wie §§ 240 und 266 StGB,[76] um nur zwei der „üblichen Verdächtigen" zu nennen, trifft in einem am Konsens orientierten Verfahren längst nicht mehr den wunden Punkt. Wenn der Sachverhalt, die Rechtsfolgen und – bei realistischer Betrachtung – auch das materielle Strafrecht[77] zur Disposition der Beteiligten gestellt werden, kann kein noch so sorgfältig dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragender Tatbestand Orientierungssicherheit gewährleisten. Nicht nur die Revisionsgerichte werden durch die Verständigungsregeln entmachtet, sondern der Gesetzgeber entmachtet sich zugleich selbst, indem er formell verbindliche Regeln faktisch zur Disposition stellt.

Dieser Befund, das sei abschließend bemerkt, ist insofern überraschend, als damit zugleich die These formuliert ist, dass gesetzliche Regelungen nicht notwendig von einer die Gesetzlichkeit sichernden Qualität sein müssen. Bei den Opportunitätsregeln liegt dieser Befund offen zu Tage, denn diese Regeln dispensieren in aller Offenheit von der Verbindlichkeit des materiellen Strafrechts. Es ist gerade das erklärte Ziel dieser Vorschriften, die Geltung des Legalitätsprinzips durch die „weichen" Kriterien für Opportunitätseinstellungen zu begrenzen. Bei der Verständigung liegen die Dinge nicht so klar. Man kann geltend machen, die gesetzliche Regelung sei unter dem Aspekt des Gesetzesvorbehalts allemal ein Fortschritt im Verhältnis zu der bisherigen richterrechtlichen Ausgestaltung. Tatsächlich dürfte kaum zweifelhaft sein, dass grundsätzliche Fragen der Verfahrensgestaltung von einer Bedeutung sind, die eine Regelung durch den Gesetzgeber erfordert.[78] Teilt man aber die hier geübte Kritik, so bleibt der Gewinn an Gesetzlichkeit vordergründig: Eine Regelung, die mit grundlegenden Prinzipien des Strafverfahrens nicht kompatibel ist und damit den systematischen Zusammenhang des Strafprozessrechts sprengt, leistet nicht, was der Gesetzesvorbehalt materiell leisten soll, nämlich Rückbindung von Entscheidungen der zweiten und dritten Gewalt an den Souverän.

---

lichen Produkthaftung sind der Rechtsentwicklung und der Wahrung der Rechtseinheit durch den BGH so gut wie entzogen".

[75] Ähnlich der Befund von *Kuhlen*, in diesem Band.

[76] Vgl. etwa *Beulke*, in: FS Eisenberg, 2009, S. 246 f.; *Matt*, NJW 2005, 390; a.A. LK-*Schünemann*, § 266 Rn. 29 ff., der den in erster Linie verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzten Treubruchstatbestand als durch den Funktionsbegriff „Herrschaft über fremdes Vermögen" hinreichend konkretisiert ansieht.

[77] Vgl. jüngst BGH, StV 2009, 174. Das hat auch die Einstellungsbegründung im „Fall Kohl" (LG Bonn, NStZ 2001, 377; dagegen zutreffend *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 428) deutlich gezeigt. Vgl. auch *Altenhain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007, S. 59: 35,5% der Vorsitzenden Richtern an Wirtschaftsstrafkammern hätten als einen der Gründe für ihre Absprachebereitschaft „schwierige Rechtsfragen" genannt (ähnlich bei den Staatsanwälten, a.a.O., S. 63); *Kempf*, StV 2009, 273.

[78] *Duttge/Schoop*, StV 2005, 423; *Jahn*, ZStW 118 (2006), 429.

Aber vielleicht belehren mich die hochkarätigen Referenten am heutigen Nachmittag eines Besseren. Damit ist es an der Zeit, Ihnen diese Referenten vorzustellen…

Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?[1]

Lothar Kuhlen

Im Mittelpunkt unseres Kolloquiums steht die Frage nach der Informalisierung des Strafverfahrens, die sich exemplarisch in Opportunitätseinstellungen und Urteilsabsprachen zeigt. Auch wenn man diesen Kontext berücksichtigt, läßt sich doch das Thema, das mir die Veranstalter mit großer Liberalität übertragen haben, ganz unterschiedlich auffassen. So könnte man etwa Opportunitätseinstellungen und Absprachen *selbst* als Exempel für Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts nehmen und demgemäß erörtern, ob sie auf der Unbestimmtheit des Strafprozeßrechts beruhen[2] oder zu ihr beitragen[3] und ob sie eine unbegrenzte Auslegung dieses Rechts darstellen[4].

Ich will mein Thema mit der Informalisierung des Strafverfahrens etwas anders verknüpfen. Und zwar will ich einiges zur Unbestimmtheit des *materiellen* Strafrechts und dessen unbegrenzter Auslegung sagen.

I. So ergibt sich ein m.E. plausibler und interessanter Zusammenhang zu unserem heutigen Hauptthema. Er läßt sich in folgender Ausgangsthese formulieren:

---

[1] Vortrag im Rahmen des Kolloquiums ăRecht ohne Regeln?ò in Göttingen am 10. Juli 2009. Die Vortragsform wurde beibehalten. Der schriftliche Beitrag wurde im November 2009 eingereicht.

[2] Was m.E. nicht der Fall ist.

[3] Was m.E. zutrifft.

[4] Was m.E. mit Blick auf die Absprachen zutraf, solange deren gesetzliche Regelung (§ 257c StPO) noch nicht in Kraft getreten war. Zu dieser Regelung *Schünemann,* ZRP 2009, 104; *Meyer-Goßner,* ZRP 2009, 107; *Kempf,* StV 2009, 269.

Die Unbestimmtheit und die unbegrenzte Auslegung des materiellen Strafrechts sind wichtige Ursachen für die Informalisierung des Strafprozesses. Um es etwas anschaulicher zu machen, nehme ich dabei als exemplarischen Beleg dieser Informalisierung die heute verbreitete Absprachenpraxis. Betrachtet man die so konkretisierte These näher, so enthält sie zunächst drei Behauptungen *qualitativer* Art:

– im heutigen deutschen Strafprozeß finden verbreitet Absprachen statt,

– das materielle Strafrecht ist in erheblichem Maße unbestimmt,

– es wird unbegrenzt ausgelegt.

Bedenkt man, daß sich die Absprachenpraxis im deutschen Strafprozeß erst in den letzten, etwa drei Jahrzehnten entwickelt hat, so enthält die These darüber hinaus drei entsprechende *komparative* Aussagen:

– Absprachen spielen in den letzten Jahrzehnten eine zunehmend größere Rolle im deutschen Strafverfahren,

– das materielle Strafrecht Deutschlands ist in den letzten Jahrzehnten zunehmend unbestimmt geworden,

– es wird zunehmend unbegrenzt ausgelegt.

Warum ist nun die genannte Ausgangsthese mitsamt ihren Konkretisierungen plausibel und warum ist sie interessant?

1. Plausibel ist sie, weil ein unbestimmtes Strafrecht, mit dessen unbegrenzter Auslegung durch die Gerichte man rechnen muß, den Ausgang von Strafprozessen für alle Beteiligten unsicher macht. Diese Unsicherheit aber bietet ein Motiv für Verständigungen. Der Beschuldigte, der mit praktischer Gewißheit davon ausgeht, daß sein Verhalten straflos ist, wird sich auf eine Absprache nicht einlassen, sondern einen Freispruch anstreben. Ebenso wird der Staatsanwalt, der das angeklagte Verhalten als klar strafbar einstuft, auf eine Verurteilung und angemessene Bestrafung dringen, wenn das nicht mit *ganz* unverhältnismäßigem zeitlichem Aufwand verbunden ist. Die Unsicherheit über den Prozeßausgang kann dagegen beiden nahelegen, Abstriche von ihrer Zielsetzung zu machen und sich per Absprache, gleichsam auf halbem Wege zu treffen. Das Tatsachengericht schließlich kann durch eine Absprache das bei unsicherer Rechtslage unkalkulierbare Risiko einer Urteilsaufhebung weitgehend ausschalten.

2. Interessant ist unsere Ausgangsthese zum einen deshalb, weil sie eine zumindest partielle Erklärung für das Vordringen der Absprachen im deutschen Strafprozeß verspricht. Irgendeine derartige Erklärung ist jedenfalls deshalb erforderlich, weil man die Absprachenpraxis, um es zurückhaltend auszudrücken, ja (bislang) nicht einfach darauf zurückführen kann, daß sie sich eben aus der Anwendung des Gesetzes, also der StPO, ergibt. Speziell der uns interessierende Erklärungsversuch ist deshalb von Interesse, weil er sich deutlich von der vorherrschenden Sichtweise unterscheidet, die die Absprachen auf die unzureichende Kapazität der Strafgerichtsbarkeit für die prozeßordnungsgemäße Durchführung umfangreicher Strafverfahren zurückführt, deren Umfang zudem durch Ausschöp-

fung der prozessualen Befugnisse vor allem der Verteidigung erheblich gesteigert werden kann[5].

Wie jede Erklärung ist unsere These auch deshalb interessant, weil mit Ursachen eines Phänomens auch Möglichkeiten benannt werden, auf dieses einzuwirken. In unserem Fall heißt das für die meisten, darunter auch für mich: Die Absprachen im Strafprozeß sind, ganz unabhängig von ihrer Zulässigkeit de lege lata und unbeschadet konsens- oder diskurstheoretischer Legitimationsversuche[6], normativ hochproblematisch. Wenn ihr Vordringen wesentlich auf Unbestimmtheit und unbegrenzter Auslegung des materiellen Strafrechts beruht, sollte man demgemäß diese Ursachen nach Möglichkeit beseitigen, um so eine Zurückdrängung, bestenfalls Abschaffung der Absprachen zu ermöglichen. Das ist, wie immer man es im Einzelnen auffassen mag, jedenfalls ein ganz anderer Therapievorschlag als derjenige, der sich aus der überwiegend vertretenen Erklärung der Absprachenpraxis ergibt. Denn diese führt zu der Frage, ob man nicht den Absprachen dadurch den Boden entziehen kann, daß man einerseits die Kapazität der Strafgerichtsbarkeit erhöht, andererseits durch Änderungen des Prozeßrechts die Möglichkeit zu zügigeren Verfahren eröffnet.

3. Gehen wir nun zur Diskussion der genannten These über. Ich unterstelle dabei ohne weiteres unser Explanandum, die Aussage also, daß es im heutigen deutschen Strafprozeß Absprachen in erheblichem Umfang gibt. Mir scheint das der begrifflich wie empirisch unproblematischste Teil der Ausgangsthese zu sein. Mein Interesse richtet sich demgemäß auf das Explanans, d.h. auf die beiden Fragen:

– Was bedeutet es und trifft es zu, daß das heutige materielle Strafrecht in Deutschland sehr *unbestimmt*, jedenfalls deutlich weniger bestimmt ist als vor einigen Jahrzehnten?

– Was bedeutet es und trifft es zu, daß das heutige materielle Strafrecht in Deutschland *unbegrenzt ausgelegt* wird, jedenfalls weniger streng begrenzt als vor einigen Jahrzehnten?

II. Beginnen wir mit der Frage nach der *Bestimmtheit*[7], so sind zwei Aussagen zu unterscheiden. Die qualitative besagt, das materielle Strafrecht sei in erheblichem Umfang unbestimmt. Die komparative lautet, es sei heute weniger bestimmt als vor einigen Jahrzehnten.

1. Betrachten wir zunächst die *qualitative* Aussage. Ob sie zutrifft oder nicht, hängt offenbar entscheidend davon ab, wie wir den Begriff „unbestimmt“ bzw. sein Gegenstück, also den Begriff der Bestimmtheit auffassen. Insofern unterscheide ich zwischen zwei Deutungen.

---

[5] Vgl. etwa *Harms*, in: FS Nehm, 2006, S. 289 ff. sowie, mit weiteren Hinweisen, *Stübinger*, Das "idealisierte" Strafrecht, 2008, S. 553 ff.

[6] Dazu *Stübinger* (Fn. 5), S. 560 ff.

[7] Und beschränken uns dabei zunächst auf die zentrale Frage nach der Bestimmtheit der *Strafgesetze*.

a) Die erste knüpft an den Begriff an, der als Bestandteil des in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Bestimmtheitsgebotes seit langem Gegenstand juristischer Klärungsbemühungen ist. Deren Ergebnis lautet aus meiner Sicht: Dieser Begriff der Bestimmtheit ist seinerseits sehr unbestimmt, seine konsensfähige Präzisierung ist bisher nicht gelungen.

Zwar fordert die h.M. vom Gesetzgeber einerseits, „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind“[8]. Andererseits muß man aber doch einräumen, daß „der Gesetzgeber nicht umhin kann, Strafgesetze mit Hilfe von Begriffen zu formulieren, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen“, wobei Fälle auftreten können, in denen zweifelhaft ist, „ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht“[9].

Damit entsteht ein Spannungsverhältnis gegenläufiger Aussagen, das ein intersubjektiv verbindliches Urteil über die ausreichende oder eben nicht ausreichende Bestimmtheit von Strafgesetzen jedenfalls erheblich erschwert. Man kann eben genausogut argumentieren, das Strafgesetz dürfe *zwar* flexibel und entsprechend ungenau sein, *aber* es müsse doch ermöglichen, die Strafbarkeit eines Verhaltens dem Gesetz selbst zu entnehmen, wie man umgekehrt sagen kann, *zwar* müsse das Gesetz die Voraussetzungen der Strafbarkeit genau beschreiben, *aber* das schließe natürlich nicht aus, daß seine Anwendbarkeit auf einzelne Fälle zweifelhaft sein kann. Eine gleichermaßen sachlich angemessene wie allgemeine begriffliche Auflösung dieser Zwar-Aber-Struktur ist m.E. nicht möglich.

Orientiert man sich in dieser Situation an der praktisch maßgeblichen kasuistischen Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots durch die Gerichte, vor allem durch BGH und BVerfG, so ergibt sich, daß nach *deren* Auffassung die materiellen Strafgesetze ganz überwiegend ausreichend bestimmt sind[10]. Als unbestimmt im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG wurden nämlich bislang nur ganz wenige Strafgesetze eingestuft[11], so (durch das BVerfG) § 43a StGB, also die Vermögensstrafe, sowie (durch den BGH) § 370a AO, also der Verbrechenstatbestand der gewerbs- und bandenmäßigen Steuerhinterziehung.[12]

In der Literatur wird das zum Teil freilich anders gesehen. Hier werden nicht nur einzelne Tatbestände wie Mord (§ 211 StGB), Nötigung (§ 240 StGB) und Untreue (§ 266 StGB), sondern ganze Deliktskategorien wie die Fahrlässigkeitsde-

---

[8] BVerfGE 105, 135, 152 f.; zuletzt BVerfG, JR 2009, 290, 291.

[9] BVerfGE 71, 108, 114 f.; 73, 206, 235; BVerfG, JR 2009, 290, 291. Aus der Rspr. des BGH vgl. etwa BGHSt 38, 120, 121.

[10] Auch die, nach neuerer Auffassung ebenfalls dem Bestimmtheitsgebot unterliegende, *richterliche Konkretisierung* der materiellen Strafgesetze wird weitgehend als ausreichend bestimmt angesehen. Vgl. dazu *Kuhlen*, in: FS Otto, 2007, S. 89, 102 ff.

[11] Vgl. *Birkenstock*, Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen, 2004, S. 107 ff.

[12] BVerfGE 105, 135; BGH, NStZ 2005, 105. Zu beiden Entscheidungen *Kuhlen,* Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 83 ff.

likte oder die unechten Unterlassungsdelikte als nicht genügend bestimmt betrachtet.[13] Ich teile diese strenge Auffassung nicht und glaube auch nicht, daß sie sich in der Praxis durchsetzen wird. Mein erstes Zwischenergebnis lautet also: Die qualitative These von der *verfassungsrechtlich* verstandenen Unbestimmtheit des heutigen materiellen Strafrechts trifft nicht zu.

b) Anders sieht die Sache aus, wenn man sich vom verfassungsrechtlichen Begriff der Unbestimmtheit mit seinem durch praktische Rücksichtnahmen geprägten Kompromißcharakter löst. Unbestimmt, so kann man dann *rechtstheoretisch* sagen, sind materielle *Strafgesetze* in dem Maße, wie sich ihre Anwendbarkeit auf einzelne Fälle vertretbarerweise unterschiedlich beurteilen läßt. Und das materielle *Strafrecht* ist in diesem Sinne unbestimmt, soweit die Anwendbarkeit der Strafgesetze auf Einzelfälle auch unter Berücksichtigung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zweifelhaft bleibt. So verstanden ist nun das materielle Strafrecht tatsächlich unbestimmt.

Das ergibt sich trivialerweise aus theoretischen Positionen, nach denen die Anwendung von Gesetzen auf Einzelfälle immer einen schöpferischen Charakter hat, das Recht in seiner Anwendung auf den Einzelfall erst hergestellt wird oder ähnliches. Es gilt aber auch, wenn man vernünftigerweise anerkennt, daß das materielle Strafrecht in vielen Fällen, etwa im breiten Bereich der Eigentums- und Körperverletzungsdelikte, in dem Sinne bestimmt ist, daß seine Anwendbarkeit oder Nicht-Anwendbarkeit auf einzelne Fälle vielfach zweifelsfrei feststeht.[14]

In anderen Fällen kann nämlich auch der Kundigste nicht sicher beurteilen, ob ein Verhalten bestimmte Straftatbestände erfüllt oder nicht, und das auch dann, wenn er Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage sorgfältig analysiert. Das ist etwa durch Verfahren, in denen es um Korruption oder Untreue ging, in den letzten Jahren vielfach belegt worden. Ob diese Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts einen *erheblichen Umfang* besitzt, wie es unserer These entspricht, kann man sicherlich unterschiedlich beurteilen. Ich persönlich hätte keine Bedenken, dem heutigen materiellen Strafrecht auch eine derartige Unbestimmtheit zuzusprechen. Die so verstandene Ausgangsthese trifft also m.E. zu. Welche Folgerungen sich daraus ergeben, möchte ich erörtern, nachdem ich einiges zur *komparativen* Version dieser These gesagt habe.

2. Ihr zufolge ist das materielle Strafrecht heute weniger bestimmt als vor einigen Jahrzehnten. Es dürfte nicht ganz leicht sein, diese These empirisch zu überprüfen. Damit will ich mich aber jetzt nicht auseinandersetzen, denn ich bin, wie wohl die meisten Strafrechtler, davon überzeugt, daß sie zutrifft. Überlegt man, wie man dieser zunehmenden Unbestimmtheit entgegenwirken kann, stellt sich die Frage, worauf sie beruht. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit will ich einige Erklärungsversuche kurz erörtern.

---

[13] Vgl. dazu die Hinweise bei *Kuhlen* (Fn 12), S. 95 Fn. 658.

[14] Dazu bereits *Kuhlen*, Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre, ARSP-Beiheft 45 (1992), S. 101, 103 ff.

a) Ein erster Ansatz besagt, daß die *neueren Strafgesetze* die Strafbarkeit weniger genau umschreiben, also mehr Zweifelsfragen offen lassen als die *alten*. Diese Aussage dürfte bei vielen auf Zustimmung stoßen. Aber wenn man etwa versucht, zu beurteilen, ob der neuere Tatbestand der Geldwäsche unbestimmter ist als der ältere der Untreue, merkt man, daß es sich um eine sehr schwierige These handelt, und ich bin skeptisch, ob man sie wirklich konsensfähig ausarbeiten und belegen kann. Solange das nicht geschehen ist, kann man immer nur Beispiele nennen und bei diesem Verfahren besteht eine Gefahr, die nach *Wittgenstein* „eine Hauptursache philosophischer Krankheiten" ist, nämlich die einer „einseitigen Diät: man nährt sein Denken mit nur einer Art von Beispielen"[15].

Man kann also z.B. die Nachstellung (§ 238 StGB), die Geldwäsche (§ 261 StGB) oder den Computerbetrug (§ 263a StGB) nehmen, allesamt neuere Tatbestände, gegen die fehlende Bestimmtheit eingewendet wird, und kann sie mit guten alten Bekannten wie der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB), der Hehlerei (§ 259 StGB) oder dem Betrug (§ 263 StGB) vergleichen, die insoweit als unproblematisch gelten. Aber man könnte auch neuere Vorschriften wie die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), die Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) oder das unerlaubte Betreiben von Anlagen (§ 327 StGB) wählen, Tatbestände also, die allenfalls Interpretationsprobleme mittlerer Art und Güte aufwerfen,[16] und sie mit weniger respektierten alten Bekannten, wie etwa den bereits genannten §§ 211, 240 oder 266 StGB vergleichen. Bei der erörterten These hängt also vieles von der Wahl der Beispiele ab und das macht sie dann doch eher rhetorisch als wissenschaftlich ergiebig.

b) Nach einem zweiten Erklärungsansatz hat die Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts in den letzten Jahrzehnten deshalb zugenommen, weil seitdem eine erhebliche Zahl *neuer Strafgesetze erlassen* wurde, die (natürlich) auch neue Interpretationsprobleme aufwerfen und so die Unbestimmtheit des Strafrechts steigern. Diese These ist nicht mit der Behauptung verbunden, die neuen Strafgesetze seien unbestimmter als die alten, hat also weniger kritischen appeal, ist dafür aber höchst plausibel.

Freilich führt sie zu einer deutlichen Problemverschiebung. Im Zentrum der Erklärung steht jetzt nicht mehr die Unbestimmtheit, sondern die *Ausdehnung* des Strafrechts, die eher trivialerweise auch zu neuen Auslegungsfragen und damit Unbestimmtheiten führt. Wer diesen Trend ändern will, wird nicht den Gesetzgeber zu präziserer Formulierung der Gesetze aufrufen, sondern das Anwachsen des Strafrechts als dessen Hypertrophie kritisieren und dazu auffordern, den Erlaß neuer Strafgesetze möglichst einzustellen oder doch tunlichst zu beschränken. Diese Auffassung wird bekanntlich, vor allem von Frankfurter Kollegen, mit der Kritik des „modernen Strafrechts" verbunden, das es zu Gunsten einer Be-

[15] *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 1967, Rn. 593.

[16] Zu Recht bejaht deshalb BVerfGE 75, 329 ff. die ausreichende Bestimmtheit von § 327 StGB und jüngst BVerfG, wistra 2009, 269 f. die von § 298 StGB.

schränkung auf das tradierte Kernstrafrecht zurückzudrängen gelte. Ohne Begründung behaupte ich an dieser Stelle nur, daß diese Beschränkung auf ein Kernstrafrecht, das sich auf die Verletzung und allenfalls konkrete Gefährdung individueller Rechtsgüter konzentriert, keine realistische und keine vernünftige Alternative zur zunehmenden Verrechtlichung und damit auch zur Ausdehnung des materiellen Strafrechts ist.[17]

c) Eine dritte Ursache wachsender Unbestimmtheit ist der Wandel der gesellschaftlichen *Realität*, aus der Sicht der Strafgesetze die *Porosität* ihrer Begriffe[18]. Ein gutes Beispiel dafür ist der Begriff des Amtsträgers, dessen Verständnis entscheidend für den Anwendungsbereich der Korruptionsdelikte ist. Daß dieser Begriff heute, wie vielfach und zu Recht beklagt wird[19], sehr unbestimmt geworden ist, hat nichts damit zu tun, daß das Strafgesetz weniger klar formuliert wäre also vor einigen Jahrzehnten, sondern es beruht auf neuartigen Verschränkungen von Staat und Gesellschaft, die uns mit neuen Konstellationen und Auslegungsproblemen konfrontieren. Gegen diese Ursache zunehmender Unbestimmtheit des Strafrechts ist natürlich in einem gewissen Sinne kein Kraut gewachsen.

d) Ähnlich verhält es sich mit einer vierten Quelle steigender Unbestimmtheit des Strafrechts. Wenn man ein Gesetz als unbestimmt betrachtet, soweit es *vertretbarerweise* unterschiedlich ausgelegt werden kann, so stellt sich die Frage, welche Gesetzesauslegungen noch vertretbar sind und welche nicht. Als Hochschullehrer müssen wir diese Frage bei jeder Korrektur von Klausuren und Hausarbeiten beantworten, und die übliche Antwort auf sie lautet: vertretbar ist jedenfalls, was in Rechtsprechung und juristischer Literatur *tatsächlich* vertreten wird. Man kann das im Sinne einer Typenkorrektur modifizieren, um Abwegiges auszuschließen, aber das betrifft nur Marginalien. Im Kern bleibt es bei der Anbindung des Vertretbarkeitsurteils an das wirklich Vertretene.

Dessen Spektrum aber hat sich in den letzten Jahrzehnten erheblich erweitert. Um es nur partiell und ganz äußerlich zu belegen: Die erfolgreiche Gründung von Zeitschriften wie NStZ, StV, StraFo und wistra hat zu einem enormen Zuwachs an literarisch thematisierten Strafrechtsproblemen geführt und allein damit eine Vielzahl zuvor nicht erkannter Unbestimmtheiten des Strafrechts deutlich gemacht oder auch konstituiert. Dabei wurde der Bereich des Vertretbaren, weil wirklich Vertretenen kräftig ausgedehnt. Wie man dieser Ausdehnung entgegenwirken sollte, ist nicht ersichtlich.

Damit läßt sich nun ein zweites Zwischenfazit ziehen. Es lautet: Den Trend zu einer zunehmenden Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts kann man, bei allen hier im Einzelnen bestehenden Möglichkeiten, kaum StPOen oder umkehren. Die Forderung, diese Quelle der Informalisierung des Strafprozesses trocken-

[17] Näher dazu *Kuhlen,* GA 1994, 347; *Kuhlen*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 58 ff.

[18] Vgl. dazu *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 150.

[19] Zuletzt von *Bernsmann,* StV 2009, 308.

zulegen, etwa durch Beschränkung auf ein klassisches Kernstrafrecht oder durch schärfere Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafgesetzen, klingt zwar gut, ist m.E. aber nicht erfolgversprechend.

III. Während es bislang um die Unbestimmtheit insbesondere der materiellen *Strafgesetze* ging, wenden wir uns nun ihrer *Auslegung* durch die Gerichte zu. Diese Auslegung ist, unserer Ausgangsthese zufolge, *unbegrenzt* bzw., komparativ formuliert, heute *weniger* begrenzt als vor einigen Jahrzehnten.

1. Als unbegrenzte Auslegung läßt sich im Anschluß an *Rüthers* die Verletzung des Postulats der Gesetzesbindung bezeichnen, die es Richtern erlaubt, ihre eigenen Wertvorstellungen an die Stelle der vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen zu setzen[20]. Mindestens zwei Spielarten der These von der so verstandenen unbegrenzten Auslegung sind zu unterscheiden.

Die erste behauptet ganz *allgemein*, die Auslegungspraxis unserer obersten Gerichte, insbesondere auch der Zivilgerichte, sei unbegrenzt, verletze also nicht nur in einzelnen Ausnahmefällen das Gebot der richterlichen Gesetzesbindung[21]. Die zweite besagt, daß die Auslegungspraxis der höchsten Gerichte die strengere Form der Gesetzesbindung mißachtet, die nach Art. 103 Abs. 2 GG, des näheren nach dem Analogieverbot, für die richterliche Anwendung der *Strafgesetze* gilt[22]. Beide Behauptungen finden sich übrigens, um das klarzustellen, bei *Rüthers* nicht[23].

2. Beginnen wir mit der allgemeineren Aussage. Für sie scheint zu sprechen, daß richterliche Rechtsfortbildungen, die sich nicht mehr als Anwendung des einfachen Gesetzes verstehen lassen, heute eine erhebliche Rolle spielen, und zwar auch im Strafrecht. Die uns interessierenden Absprachen zeigen das aufs deutlichste, wenn sie auch als Beleg für die „Richtermacht“[24] „der obersten Bundesgerichte“[25] wenig taugen, da sie gerade umgekehrt eine fast völlige Ohnmacht des BGH gegenüber den Instanzgerichten zeigen[26].

Im materiellen Strafrecht begegnen solche Rechtsfortbildungen vor allem als teleologische Reduktion von Strafgesetzen. Bekannte Beispiele sind die Rechts-

[20] *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Auflage 2005, S. 487, bezeichnet als unbegrenzte Auslegung "jede Aus- oder Einlegung, welche die Gesetzesbindung des Richters nach Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG mißachtet".

[21] In einer komparativen Version lautet die These, solche Verletzungen spielten heute eine größere Rolle als vor einigen Jahrzehnten.

[22] Bzw., so die komparative Formulierung, daß das Analogieverbot heute weniger beachtet wird als vor einigen Jahrzehnten.

[23] Und zwar auch nicht in neueren Aufsätzen, in denen *Rüthers* sehr kritisch zu einem "schleichenden Verfassungswandel durch das Anwachsen des Richterrechts und die Methodenpraxis der obersten Bundesgerichte" (*Rüthers,* JZ 2008, 446) Stellung nimmt und einen "Aufstand führender Repräsentanten der Justiz gegen…(die) verfassungsgesetzlich vorgeschriebene Dienstfunktion der Gerichte" sowie einen Verstoß "gegen das Verfassungsgebot der Gewaltenteilung" diagnostiziert (*Rüthers,* JZ 2008, 446, 448). Vgl. auch *Rüthers,* NJW 2005, 2759; *Rüthers,* JZ 2006, 53.

[24] *Rüthers,* NJW 2005, 2759.

[25] *Rüthers,* JZ 2008, 446.

[26] Vgl. *Fischer,* NStZ 2007, 433, 434.

folgenlösung beim Heimtückemord[27], die Einschränkung der Strafvereitelung[28] und der Geldwäsche[29] mit Blick auf Strafverteidiger sowie die Restriktion von Vorteilsannahme und -gewährung bei Einwerbung von Drittmitteln oder Wahlkampfspenden[30]. Solche Entscheidungen zeigen m.E., daß das heutige Strafrecht in der Tat ganz wesentlich durch richterliche Rechtsfortbildungen geprägt ist[31] und daß man, bei externer Betrachtung, von einer starken und wachsenden Bedeutung des Richterrechts sprechen kann. Aber sie belegen nicht die Behauptung einer unbegrenzten Auslegung. Tatsächlich trifft diese Behauptung nicht zu. Ich kann das hier nicht im einzelnen darlegen, sondern nur die wichtigsten Begründungsschritte nennen.

(1) Der Richter ist nicht nur an das Gesetz, sondern darüber hinaus an das Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG) und damit auch an das Verfassungsrecht.

(2) Das Verfassungsrecht besteht nicht nur aus dem Grundgesetz als Verfassungs*gesetz*, sondern ganz maßgeblich aus der *Rechtsprechung* des Bundesverfassungsgerichts.

(3) Dieses konkretisiert seit über 50 Jahren[32] in stark wertender, ihrerseits durch das Verfassungsgesetz oft nur wenig angeleiteter Abwägung die Wertordnung des Grundgesetzes.

(4) Die Fachgerichte sind nicht nur zur Auslegung, sondern auch zur Fortbildung des Rechts berufen.

(5) Bei beidem haben sie das Verfassungsrecht einschließlich der verfassungsgerichtlichen Judikatur zu berücksichtigen, und zwar vorrangig durch verfassungsorientierte und verfassungskonforme Auslegung und Fortbildung des einfachen Rechts[33].

(6) Die Grenze der zulässigen Rechtsfortbildung schließlich ist nach h.M. erst erreicht, wenn eine Interpretation mit dem eindeutigen Wortsinn *und* dem Willen des Gesetzgebers unverträglich ist[34].

Wenn man diese Prämissen akzeptiert, wird sich eine Verletzung des Postulats der Gesetzesbindung und damit eine unbegrenzte Auslegung des Rechts durch unsere Gerichte allenfalls noch in vereinzelten Ausnahmefällen ernsthaft behaup-

[27] BGHSt 30, 115 ff.

[28] Vgl. dazu die Hinweise bei *Fischer*, StGB, 56. Aufl. 2009, § 258 Rn. 17 ff.

[29] BVerfGE 110, 226 ff.

[30] BGHSt 47, 295 ff.; 49, 275 ff.

[31] Und das wohl auch (im Sinne der komparativen These) stärker als vor einigen Jahrzehnten.

[32] Des näheren seit dem Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198).

[33] Und erst nachrangig durch Vorlagen gem. Art. 100 Abs. 1 GG.

[34] BVerfGE 90, 263, 275. Neben diesem entscheidenden Kriterium macht man die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung des weiteren davon abhängig, daß durch sie nicht "der normative Gehalt der auszulegenden Norm grundlegend neu bestimmt oder das normative Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt würde" (BVerfGE 109, 279, 316 f.). Vgl. dazu *Kuhlen* (Fn. 12), S. 61 ff.

ten und auch dort wohl kaum konsensfähig feststellen lassen. Einen solchen Grenzfall bilden, wie auch der BGH einräumt, die Absprachen im Strafprozeß[35].

Daß und in welchem Verständnis man diese Prämissen akzeptiert, ist damit noch nicht gesagt. Ich sehe hier durchaus gewisse Spielräume. So sollte man m. E. die Kriterien für eine zulässige verfassungskonforme Reduktion von Straftatbeständen enger fassen als das BVerfG in seiner Entscheidung zum Strafverteidigerprivileg bei der Geldwäsche[36]. Eine Einschränkung der Rechtsfortbildung praeter legem ist auch mit der neueren Formulierung verbunden, daß eine richterliche Rechtsfortbildung, „die den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird, unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreift"[37].

Aber das berührt nicht die *entscheidenden* Weichenstellungen, nämlich die für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung[38] und die dabei bestehende Bindung an eine materielle Wertordnung des Grundgesetzes in ihrer praktisch maßgeblichen Konkretisierung durch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts. Sie werden auf (für mich) absehbare Zeit nicht geändert werden, und ganz sicher werden sie nicht geändert werden, um so der Praxis der Absprachen den Boden zu entziehen. Dazu bietet die Materialisierung unserer gesamten Rechtsordnung durch eine verfassungsorientierte und verfassungskonforme Auslegung und Fortbildung des Rechts trotz ihrer Nachteile (zunehmende Rechtsunsicherheit, steigende Richtermacht) einfach zu viele Vorteile.

Ein weiteres Zwischenfazit lautet also: Die Auslegungspraxis unserer obersten Gerichte ist *nicht* unbegrenzt. Zwar hat die Bedeutung der richterlichen Rechtsfortbildung in den letzten Jahrzehnten zugenommen. Aber dieser Bedeutungszuwachs wird sich schwerlich rückgängig machen lassen, hier liegt also kein erfolgversprechender Ansatzpunkt, um die Absprachenpraxis zurückzudrängen.

3. Damit kommen wir zur zweiten Variante der These von der unbegrenzten Auslegung. Ihr zufolge mißachtet die Auslegungspraxis der höchsten Gerichte in einer relevanten Anzahl von Fällen das *Analogieverbot*. Nach der komparativen Version dieser Behauptung beachten die Gerichte das Analogieverbot heute jedenfalls weniger streng als vor einigen Jahrzehnten.

Das Analogieverbot untersagt nach h.M. Norminterpretationen, die zu Lasten des Beschuldigten den möglichen Wortsinn von Strafgesetzen und damit die Grenze der zulässigen Auslegung überschreiten[39]. Ob das ein angemessenes Ver-

[35] Vgl. dazu BGHSt 50, 40 (52 ff.). Ein weiterer Grenzfall ist die neue Rechtsprechung des BGH zur Rügeverkümmerung im Strafverfahren. Vgl. dazu BVerfG, NJW 2009, 1469 mit Anm. *Rüthers,* NJW 2009, 1461.

[36] Näher dazu *Kuhlen* (Fn. 12), S. 57 ff.

[37] BVerfGE 118, 212, 243 (Schuldspruchberichtigung); Abweichende Meinung des Richters *Voßkuhle*, der Richterin *Osterloh* und des Richters *Di Fabio* zum Beschluß über die Rügeverkümmerung (BVerfG, NJW 2009, 1469, 1477 Rn. 97).

[38] Kritisch *Hillgruber,* JZ 2008, 745.

[39] Vgl. dazu *Kuhlen* (Fn. 12), S. 12 mit Hinweisen in Fn. 68.

ständnis ist, ist bekanntlich umstritten. Ich will auf diesen Streit jetzt nicht eingehen, zum einen aus Zeitgründen, zum anderen, weil sich meines Erachtens die h.M. durchaus halten läßt, und schließlich deshalb, weil eine andere Auffassung des Analogieverbots bei der Beurteilung der uns interessierenden Thesen schwerlich zu abweichenden Ergebnissen führen dürfte[40].

Ich verzichte auch auf eine Präzisierung der h.M., obwohl eine solche zweifach wünschenswert wäre. Denn zum einen ist nicht klar, wie der Wortsinn – denn um den „Wortlaut“ kann es ja nicht im Ernst gehen – zu ermitteln ist und auf welche von mehreren Wortbedeutungen (etwa umgangs- oder fachsprachliche) es ankommt[41]. Zum anderen ist bereits in abstracto ungeklärt, ob die Grenze der zulässigen Auslegung allein durch den möglichen Wortsinn gebildet wird, oder aber durch den möglichen Sinn der Worte in dem jeweiligen Gesetz, das auf einer bestimmten Entscheidung des Gesetzgebers beruht und in einem Kontext anderer gesetzlicher Regelungen steht. Letzteres nimmt das BVerfG an, demzufolge „auch innerhalb des möglichen Wortsinnes die Auslegung nicht weiter gehen (darf), als es Zweck und Zusammenhang der Norm zulassen“[42]. All das muß an dieser Stelle offen bleiben und es kann hier auch offen bleiben.

Denn wie immer man das Analogieverbot im Einzelnen auch auffaßt, wird das nichts daran ändern, daß die Behauptung einer häufigen bzw. zunehmenden Verletzung dieses Verbots durch unsere höchsten Gerichte nicht zutrifft. Die Wortlautgrenze wird vielmehr, soweit ihre Überschreitung den Bürger belasten würde, in der Rechtsprechung des BGH durchgängig respektiert. Der einzige wirklich klare Ausreißer ist m.E. die 1957 ergangene Entscheidung, in der der BGH es nicht beanstandet hat, daß ein Kfz mit strafschärfender Wirkung dem Begriff des „bespannten Fuhrwerks“ subsumiert wurde[43].

Ansonsten finden sich in der Judikatur zwar vielfach vergleichsweise weite Auffassungen, über die man streiten kann, etwa, um nur einige aktuelle Beispiele zu nennen, die Einbeziehung von Gefährdungs- oder Quotenschäden in §§ 263 und 266[44], die Subsumtion des „Schwarzfahrens“ unter § 265a[45] oder die jüngst

---

[40]Das gilt etwa für die Auffassung des Analogieverbots bei *Rüthers,* Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rn. 823 ff. sowie *Rüthers/Höpfner,* JZ 2005, 21 ff., die zwar auslegungstheoretisch anders ansetzt, am Ende aber zu den gleichen Ergebnissen führt wie die h. M.

[41] Vgl. dazu jüngst BGH, NJW 2007, 524 (Zauberpilze).

[42] BVerfGE 92, 1, 20. Dazu mit weiteren Hinw. *Kuhlen*, (Fn. 10), S. 97 sowie (kritisch) *Küper,* NStZ 2008, 597, 599 ff.

[43]BGHSt 10, 375.

[44] Zum Gefährdungsschaden durch Bildung schwarzer Kassen siehe insbesondere BGHSt 51, 100 (Kanther) und dazu *Saliger/Jeckel,* HRRS 2008, 57, 67 sowie BGH, NJW 2009, 89 (Siemens) mit Anm. *Ransiek*. Das BVerfG hat kürzlich entschieden, daß der Begriff des Nachteils in § 266 Abs. 1 StGB sowie seine Auslegung durch die Gerichte ("Gefährdungsschaden") "noch hinreichend bestimmt ist" (BVerfG, JR 2009, 290 ff.). Zum Quotenschaden vgl. BGHSt 51, 165 sowie *Rönnau/Soyka,* NStZ 2009, 12 ff.

[45] BGH, JZ 2009, 477 mit kritischer Anm. *Alwart.*

erfolgte Erstreckung der Geldwäsche auf Bestechungsgelder, die nicht durch eine Bestechlichkeit erlangt wurden[46].

Aber es gibt auch eine Vielzahl von Entscheidungen, die bestimmte Interpretationen unter Berufung auf das Analogieverbot verwerfen, obwohl das teilweise zu durchaus problematischen Ergebnissen führt. Ich nenne als Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH nur die Ablehnung der actio libera in causa bei den Verkehrsdelikten[47], die Ermöglichung des strafbefreienden Rücktritts vom erfolgsqualifizierten Versuch[48] und die neuere Restriktion des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (§ 316a) sowie aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die Einschränkung des Gewaltbegriffs bei der Nötigung[49] sowie des Tatbestandes der Unfallflucht[50].

Die Liste solcher Beispiele ließe sich unschwer verlängern. Die These, die höchsten deutschen Gerichte mißachteten das Analogieverbot, und das nicht nur in einzelnen Ausnahmefällen, ist deshalb meines Erachtens unhaltbar. Erst Recht gilt das für die komparative Variante dieser Behauptung, denn im Widerspruch zu ihr dürfte die Entwicklung der Rechtsprechung dadurch charakterisiert sein, daß dem Analogieverbot eine *zunehmende* Bedeutung eingeräumt wird[51].

Mein letztes Teilergebnis lautet deshalb: Auch eine unbegrenzte Auslegung im Sinne einer häufigen oder doch zunehmenden Mißachtung des Analogieverbots läßt sich in der Rechtsprechung nicht feststellen. Auch hier liegt also kein Ansatzpunkt, um der Absprachenpraxis entgegenzuwirken.

IV. Resümee

1. Faßt man kurz zusammen, so hat sich die von mir diskutierte These im großen und ganzen *nicht* bestätigt. Trotz einer zunehmenden Bedeutsamkeit richterlicher Rechtsfortbildungen auch im materiellen Strafrecht kann man nicht sagen, daß unsere Gerichte die Strafgesetze unbegrenzt auslegen. Und die wachsende Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts, die man m.E. durchaus konstatieren kann, wird sich wohl kaum entscheidend vermindern lassen. Die Hoffnung, auf diesem Wege der Absprachenpraxis entgegenzuwirken, ist daher wenig realistisch. Ich bedaure diesen negativen Befund nicht nur deshalb, weil ein positives Resümee irgendwie erfreulicher wäre, sondern vor allem deshalb, weil ich auch kein anderes Patentrezept gegen die Absprachen kenne.

2. Tatsächlich ergibt sich aus meinen Überlegungen sogar eine gewisse Problemverschärfung, nämlich ein weiterer, m.E. gravierender Einwand gegen die Absprachen und gleichermaßen auch gegen die Informalisierung des Strafverfahrens durch Opportunitätseinstellungen. Es hat sich ja gezeigt, daß die *Strafgesetze* ein erhebliches, wenn auch verfassungsrechtlich hinzunehmendes, Maß an Unbe-

---

[46] BGH, NJW 2009, 1617 mit Anm. *Rettenmaier.*

[47] BGHSt 42, 235.

[48] BGHSt 42, 158.

[49] BVerfGE 92, 1.

[50] BVerfG, NJW 2007, 1666 mit kritischer Anm. *Küper,* NStZ 2008, 597.

[51] Vgl. *Kuhlen* (Fn. 12), S. 86 ff.

stimmtheit aufweisen. Für die schrittweise Reduktion dieser Unbestimmtheit kommt der höchstrichterlichen Auslegung und Präzisierung dieser Gesetze eine entscheidende Rolle zu. Die *Gerichte* arbeiten an der Herstellung eines zunehmend bestimmten materiellen Strafrechts mit, und zu Recht unterwirft man deshalb heute auch die richterliche Auslegung und Fortbildung des Strafrechts dem Bestimmtheitsgebot, das man früher nur an den Gesetzgeber adressiert hat[52].

Die richterliche Mitwirkung an der Bestimmung des Strafrechts wird nun aber ersichtlich durch Opportunitätseinstellungen und Urteilsabsprachen empfindlich gestört. Denn diese führen dazu, daß über wichtige Rechtsfragen gar nicht mehr entschieden wird, womit sie dauerhaft ungeklärt bleiben. In dieses Konkretisierungsvakuum dringen dann neben den informellen Verfahrenserledigungen mehr oder weniger private Normsetzungen und -durchsetzungen ein, die derzeit vor allem unter dem Stichwort „Compliance“ Konjunktur haben. Aber das ist ein neues Thema, zu dem ich jetzt nichts mehr sagen werde.

[52] Dazu *Kuhlen* (Fn. 10), S. 100 ff.

Ermittlungseingriffe auf schwachen Füßen? – Datenkauf, V-Leute, NoeP und Tatprovokation

Michael Heghmanns

I. Einleitung

Liest man die StPO noch so aufmerksam durch, so wird man über gängige Ermittlungsmittel wie Datenkauf, V-Leute[1], nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (NoeP) oder Lockspitzel nichts Explizites finden. Zwar wurden in den letzten Jahrzehnten etliche verdeckte Ermittlungsmethoden normiert und die §§ 110a ff. StPO regeln inzwischen immerhin den verdeckten Ermittler. Für die eingangs genannten Ermittlungsmethoden, obschon teilweise seit Jahrhunderten bekannt, behilft man sich hingegen weiterhin mit Rückgriffen auf allgemeine Befugnisse wie die Ermittlungsgeneralklauseln (§§ 161 I, 163 I StPO). Ob dies genügt und ob rechtliche Folgerungen zu ziehen oder rechtspolitische Forderungen zu erheben sind, soll Gegenstand der folgenden, notgedrungen kursorischen Überlegungen sein. Dazu werden zunächst die genannten Ermittlungsmethoden kurz beleuchtet. Anschließend soll der Frage nachgegangen werden, ob nicht hinsichtlich der Rechtsgrundlagen eine veränderte Perspektive den Weg weist: Statt den Blick auf das Informationserhebungs*mittel* zu richten, soll der jeweilige Informationserhebungs*eingriff* in die Betroffenensphäre in den Mittelpunkt rücken.

---

[1] Zum Begriff *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, III Rn. 441.

II. V-Leute

Betrachtet man die zur V-Mann-Thematik erschienenen Publikationen und die einschlägige Rechtsprechung, so geht es vorwiegend um strukturell sekundäre Themen: zum einen die Einführung und die Verwertbarkeit der durch V-Leute erlangten Erkenntnisse in der Hauptverhandlung,[2] zum anderen die (strafrechtliche) Bewertung missbräuchlichen Vorgehens.[3] Oft nur am Rande wird die Frage nach der Berechtigung ihres Einsatzes gestellt.[4] Soweit sich Äußerungen dazu finden, erschöpfen sie sich häufig in kriminaltaktischen Nützlichkeits- oder Unentbehrlichkeitserwägungen,[5] regelmäßig unterfüttert mit unkritischen Hinweisen auf die §§ 161, 163 StPO oder die Gestaltungsfreiheit des Ermittlungsverfahrens.[6]

Bei den „klassischen" V-Leuten, die als Private systematisch Informationen für die Polizei (oder Nachrichtendienste) sammeln, handelt es sich jedenfalls um keine verdeckten Ermittler i.S. der §§ 110a ff. StPO, weil sie weder beamtet noch mit Legende versehen sind. Auf der anderen Seite befremden aber auch Versuche, den Befund einer fehlenden Rechtsgrundlage über Zwangseingriffe dieser Personen, etwa in Gestalt von Wohnungseinbrüchen, Lauschaktionen oder gar das Mitmachen bei milieuspezifischen Straftaten, zu skandalisieren.[7] Sie vernebeln eher das Problem, weil sie die Antwort darauf schuldig bleiben, wie es zu bewerten wäre, wenn ein V-Mann gerade nichts derartig Spektakuläres tut, sondern einfach nur hinhört und das Gehörte seinem V-Mann-Führer berichtet.

Ein solches Vorgehen kann bestenfalls auf die Ermittlungsgeneralklauseln gestützt werden, was keine bzw. eine geringe, Grundrechte nicht wesentlich beein-

---

[2] Vgl. *Winfried Krause*, V-Leute und die Verwertung ihrer Nachrichten im strafgerichtlichen Verfahren, Diss. Berlin 1969; *Andreas Neumeier*, V-Leute – strafrechtliche und strafprozessuale Probleme, Diss. Freiburg 1978; -, Das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft und die Gewährsperson als Aufklärungsmittel im Ermittlungs- und als Beweismittel im Strafverfahren, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Die Falle im Rechtsstaat, 1985, S. 140 ff.; *Jürgen Meyer*, Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes, in: Lüderssen (s.o.), S. 425 ff.

[3] Dazu *Hans Harald Körner*, Verteufelt und verherrlicht: Der V-Mann, in: Lüderssen (Fn. 2), S. 91 ff.; *Neumeier* (Fn. 2), S. 12-64.

[4] Ausnahmen bestätigen eher die Regel: *Hermann Heinrich Haas*, V-Leute im Ermittlungs- und Hauptverfahren, 1986, S. 59 ff., sowie *Susanne Götting*, Beweisverwertungsverbote in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ermittlungstätigkeit, 2001, S. 222 ff., rügen das Fehlen einer Rechtsgrundlage, beide allerdings noch im Hinblick auf § 163 StPO a.F.; zur Neufassung ebenso *Susanne Katzer*, Die Tätigkeit durch V-Leute als staatliches Handeln, Diss. 2001.

[5] So *Neumeier* (Fn. 2), S. 96 ff.; *Hans-Christoph Schaefer*, Der Einsatz von V-Personen aus der Sicht der Staatsanwaltschaft, in; Lüderssen (Fn. 2), S. 102 ff. (106 f.); *Geißer* (Fn. 2), S. 142 f.; aus der Rspr. BGH (GrS), NStZ 1996, 502, 504 f.

[6] *Rogall*, NStZ 2000, 492; exemplarisch die Ausführungen im E-OrgKG BT-Drs. 12/989, S. 41; in BVerfG, NJW 2004, 141, 145; von *Krause* (Fn. 2), S. 130 f.; *Lesch*, JA 2000, 727; aber auch *Katzer* (Fn. 4), S. 70 f., muss sich diese Kritik gefallen lassen, da sie umgekehrt in derselben Kürze die §§ 161, 163 StPO als ungeeignete Rechtsgrundlagen ansieht. Wenig überzeugend auch *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 515, die aus der Existenz der §§ 110a ff. StPO die fehlende Tauglichkeit der §§ 161, 163 StPO ableiten.

[7] *Katzer* (Fn. 4), S. 76 ff., 91; *Eschelbach*, StV 2000, 393 f.; *Wesemann*, StV 1997, 604 f.; ähnliche Argumentation zu den Grenzen von V-Mann-Handeln bei *Neumeier* (Fn. 2), S. 92 ff.

trächtigende Eingriffsqualität voraussetzt.[8] Im Kern geht es beim Einsatz von V-Leuten um Informationssammlung und folgerichtig um das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Angesichts der geringen Anforderungen an entsprechende Eingriffsgrundlagen genügen dafür in der Tat die Generalklauseln.[9] Wenn das BVerfG dies in seinem *Sedlmayr*-Beschluss obiter dictum mit recht starken Worten für eine *aktive* Befragung von Auskunftspersonen durch einen V-Mann in Abrede nimmt und eine speziellere gesetzliche Grundlage verlangt,[10] so erscheint das jedenfalls unter Grundrechtsaspekten wenig überzeugend. Denn dann würde jede aktive Informationssammlung (und nicht nur die durch V-Leute) einer präziseren Eingriffsermächtigung bedürfen, als sie die §§ 161 I, 163 I StPO zu liefern vermögen.[11] Außerdem bliebe offen, worin unter dem Aspekt der informationellen Selbstbestimmung der signifikante Unterschied zwischen schlichtem Zuhören (und unerkanntem Registrieren für einen staatlichen Informationsbestand) und einem Nachhelfen durch einzelne Fragen liegen sollte, die der Befragte schließlich seinem vermeintlich privaten Gegenüber gar nicht beantworten müsste.

Die Problematik dürfte daher weniger verfassungsrechtlicher Natur sein, als auf einfachgesetzlichem Terrain liegen. Die durch die §§ 161 I, 163 I StPO generell erlaubte Informationsgewinnung wird bekanntlich über Regularien des übrigen Prozessrechts eingeschränkt, u.a. durch das Täuschungsver- und das Belehrungsgebot (§§ 136, 163a III, IV, §§ 136a, 69 III StPO). Das Strafprozessrecht hat zudem den mit offenem Visier auftretenden Ermittler vor Augen, nicht den lauschenden, heimlich ermittelnden oder Massendaten erhebenden Beamten. Wenn es um die Legitimität einer Informationssammlung geht, so spielt folglich deren Modalität eine gewichtige Rolle.

Was aber tut der V-Mann? Führt man seine Tätigkeit auf ihren Kern zurück, so vernimmt er verdeckt Beschuldigte oder Zeugen. Er verheimlicht dabei, in Wahrheit staatliche Aufgaben auszuüben. Ein solches Vernehmen, bei gezieltem Vorgehen schlagwortartig als Hörfalle charakterisiert,[12] wird in der Rspr. u.a. damit gerechtfertigt, die typische Zwangssituation eines Verhörs fehle, ein Irrtum über eine Aussagepflicht könne nicht entstehen und damit werde nicht in die Rechte des Verhörten eingegriffen, der freiwillig Informationen preisgebe.[13] Selbstverständlich besteht aber ein Irrtum über die Tragweite der Äußerung, und dieser Irrtum wird gezielt ausgenutzt. Wer gegenüber einem Freund über eigene Straftaten plaudert, kann und wird sich darauf verlassen, dass die Information den betreffenden

---

[8] Zur sog. Wesentlichkeitstheorie vgl. BVerfGE 49, 89, 129; 56, 1, 13; 58, 257, 258; 83, 130 142; ferner *Katzer* (Fn. 4), S. 46 ff.; *Duttge*, JZ 1996, 558; *Rogall*, ZStW 103 (1991), 909 ff.; *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 104; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 133 ff., 145 ff.

[9] *Rogall*, NStZ 2000, 492.

[10] BVerfG (Kammer), NStZ 2000, 489, 490 mit zu Recht kritischer Anmerkung *Rogall* 490 ff.; ebenso ablehnend *Lesch*, JA 2000, 725 f.

[11] *Lesch*, JA 2000, 726.

[12] *Gaede*, StV 2004, 46; *Roxin*, NStZ 1997, 18; dazu BGH (GrS), NStZ 1996, 502.

[13] BGH (GrS), NStZ 1996, 502 f.

Kommunikationskreis jedenfalls nicht in Richtung Ermittlungsbehörden verlässt. Das gleichwohl bestehende (und dem Redenden im Zweifel bewusste), minimale Offenbarungsrisiko wird tatsächlich unerkannt auf 100 % gesteigert. Dass eine solche Fehleinschätzung nicht ohne Bedeutung bleiben kann, mag ein Vergleich verdeutlichen: Würde ein – als solcher auftretender – Beamter eine Befragung mit der wahrheitswidrigen Versicherung durchführen, er sei jetzt gewissermaßen nicht im Dienst und werde die Information streng vertraulich behandeln, so hätte vermutlich niemand Bedenken, einen Verstoß gegen § 136a StPO zu bejahen. In der Sache tut der sich als Freund ausgebende V-Mann aber kaum etwas anderes.

Gleichwohl hat der BGH in *seiner Sedlmayr*-Entscheidung die Befragung von Zeugen durch einen V-Mann nicht als Vernehmung einordnen wollen.[14] Das erstaunt umso mehr, als die Zurechnung des Verhaltens Privater gegenüber dem Staat, wenn sie auf dessen Veranlassung tätig werden, prinzipiell geklärt erscheint.[15] Grundsätzlich gilt, dass die „Flucht ins Privatrecht" nicht dazu führen darf, zu Lasten Dritter unbequeme Schranken staatlicher Tätigkeit (wie die Belehrungspflicht oder das Täuschungsverbot) zu umgehen. Wer als Privater für den Staat vernimmt, ist daher so zu behandeln, als tue er dasselbe in amtlicher Funktion. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass ausgerechnet die V-Leute im *Sedlmayr*-Fall sogar förmlich verpflichtet und damit Amtsträger im Sinne von § 11 I Nr. 4 a) StGB waren.[16] Warum ihr Handeln dem Staat nicht zuzurechnen sein sollte (solange es sich im Rahmen der Weisungen hält), lässt sich kaum begründen.

Die Folgerung, das in staatlichem Auftrag erfolgende Vernehmen unabhängig davon zu behandeln, ob ein Privater oder ein Amtsträger den Auftrag erfüllt, erleichtert die Antwort auf eine zweite Frage: Braucht der Staat eine Eingriffsgrundlage, wenn er Private für seine Ermittlungen einspannen will? Wegen der prinzipiellen Freiheit der Form staatlichen Handelns im Allgemeinen und der ebenso prinzipiellen Offenheit der Ermittlungsführung[17] darf man dies nun getrost verneinen.[18] Entscheidend für die Legitimierung ist nicht der Umstand der Privatisierung als solcher, sondern die Eingriffsqualität dessen, was der private Ermittler an Stelle des staatlichen Ermittlers tun soll. Der V-Mann ist daher eine zulässige Ermittlungsperson, dem aber nur das erlaubt ist, was auch sein beamteter Hintermann ohne Rechtsverstoß tun dürfte.

---

[14] BGHSt 40, 211, 213.

[15] *Haas* (Fn. 4), S. 16 ff.; *Katzer* (Fn. 4), S. 13 ff., 91; *Eschelbach,* StV 2000, 393; *Lagodny*, StV 1996, 170; *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 515; *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, III Rn. 441 ; BVerfG (Kammer), NStZ 2000, 489, 490.

[16] BGHSt 40, 211, 213.

[17] *Meyer-Goßner* (51. Aufl.), § 161 StPO Rn. 7; *Hellmann* Rn. 71; BVerfG, NJW 1996, 772; kritisch *Schroeder,* Strafprozessrecht, 4. Aufl., Rn. 113.

[18] Anders im Hinblick auf Art. 8 II EMRK allerdings *Gaede*, StV 2004, 46 ff., im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, III Rn. 442, 412.

III. Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (NoeP)

Der Begriff des NoeP ist relativ neu, die Thematik indes altbekannt[19] und sie ähnelt der V-Mann-Thematik.[20] Auch für das ohne Nutzung einer Legende (wie beim verdeckten Ermittler) erfolgende, meist daher kurzzeitige Ermitteln unter Verdeckung der Polizeizugehörigkeit existiert keine spezifische Rechtsgrundlage. Der einzige Unterschied zum V-Mann liegt darin, dass es beim NoeP von vornherein keiner Überlegungen zur Zurechnung des Ermittlungshandelns gegenüber den Strafverfolgungsbehörden bedarf, da der NoeP unmittelbar für diese tätig wird. Wenn es aber zutrifft, dass nicht der Umstand entscheidet, wer (für den Staat) handelt, sondern was der Betreffende tut, so weist der NoeP keine spezifischen Besonderheiten im Verhältnis zu V-Leuten auf.

IV. Agent provocateur

Ähnlich der V-Mann-Thematik ist die Argumentation der Rspr. zur Zulässigkeit der Tatprovokation gegenüber einem Tatverdächtigen[21] von kriminalpolizeilichen Nützlichkeitserwägungen geprägt und ansonsten vornehmlich am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientiert.[22]

Der agent provocateur oder Lockspitzel (und damit der Staat) tut etwas, was schon auf den ersten Blick das genaue Gegenteil eines legitimen staatlichen Strafverfolgungsauftrages ist. Statt Straftaten zu verhindern, lässt er sie begehen. Das bedarf der Rechtfertigung, und zwar weniger im Hinblick auf Grundrechtseingriffe beim Provozierten als im Hinblick auf die Verkehrung legitimen staatlichen Handelns in sein Gegenteil. Dass diese Rechtfertigung schlicht fehlt, kann man anhand der dogmatischen Schwierigkeiten verfolgen, den agent provocateur seinerseits straflos zu stellen.[23] Wäre seine Anstiftungshandlung legitim, so bräuchte man (beim vollendeten Delikt) nicht den Anstiftungsvorsatz zu vergewaltigen, um eine Tatbestandslosigkeit zu konstruieren. Man mag zudem einmal bedenken, dass Straftaten gelegentlich nicht so ablaufen, wie man das vorher geplant hat. Vielmehr birgt jede Anstiftung das erhebliche Risiko von Eskalationen und von Exzessen des Angestifteten, zumal dann, wenn er sich plötzlich mit dem – programmierten – Fehlschlagen seiner Tat konfrontiert sieht. Die Begründung dieser zusätzlichen

---

[19] *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, III Rn. 435 f.

[20] Vgl. *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 514 (zum Verhältnis verdeckter Ermittler/V-Mann).

[21] Dass die Provokation eines Unverdächtigen nicht zu rechtfertigen ist, dürfte allgemeine Meinung sein. Insoweit sei auf die Zusammenfassung der bisherigen Rspr. bei *Gabriele Maluga*, Tatprovokation Unverdächtiger durch V-Leute, 2006, S. 6-16, sowie ihre gründliche Darstellung der Rechtslage verwiesen (a.a.O. S. 143 ff., 167).

[22] *Fischer/Maul*, NStZ 1992, 9; *Sommer*, StraFo 2000, 153; *Hellmann* Rn. 166; vgl. dazu BGH, GA 1975, 333 f.; NJW 1980, 1761; StV 1981, 163; BGHSt 45, 321, 324; BGH, NStZ 1984, 78, 79.

[23] Eingehend dazu *Deiters*, JuS 2006, 302 ff.

Rechtsgutsgefahren – auch für Kernrechtsgüter unbeteiligter Dritter – bedarf ebenfalls einer Rechtfertigung.

Dass die Ermittlungsgeneralklauseln ebensowenig wie § 152 II StPO diese Rechtfertigung zu liefern vermögen, liegt an sich schon auf der Hand, wird aber durch ein formales Argument zusätzlich belegt: Während das strafprozessuale Regelwerk Ermittlungen zur Aufklärung einer geschehenen Straftat vorsieht, will der agent provocateur den eigentlichen Ermittlungsanlass erst noch schaffen. Selbst wenn gegen den Provozierten schon der Anfangsverdacht von Straftaten bestünde, so doch jedenfalls nicht wegen derjenigen prozessualen Tat, die er begehen und um derentwegen er bestraft werden soll. Denn der Einsatz eines agent provocateur ist schließlich nur dort kriminalistisch sinnvoll, wo konventionelle Ermittlungsmethoden versagen. Weil man das schon Geschehene nicht nachweisen kann, sucht man den Verdächtigen stattdessen für eine eigens dazu geschaffene, andere Straftat zur Verantwortung zu ziehen. Es geht also der Sache nach um stellvertretende Bestrafung. Denn dass der anschließend auf frischer Tat Ergriffene nunmehr die Aufklärung aller seiner bisherigen Straftaten ermöglicht, muss kriminalistisches Wunschdenken bleiben, das allenfalls im Einzelfall einmal Wirklichkeit werden mag, aber kein realistisches Aufklärungsziel darstellt.[24] Wäre es anders, hätten sich die Gerichte nicht so häufig mit den Folgen des Lockspitzel-Einsatzes zu beschäftigen gehabt. Denn dann hätte die staatlich initiierte Tat gar nicht mit angeklagt und der Lockspitzel-Einsatz forensisch nicht thematisiert zu werden brauchen. Vor diesem Hintergrund wird man davon auszugehen haben, dass die Ermittlungsgeneralklauseln den Einsatz eines agent provocateur nicht decken. Es handelt sich eben um keine geeignete Maßnahme zur Erforschung *begangener* Straftaten, sondern allenfalls zur Verhütung künftiger Straftaten durch gesellschaftliche Eliminierung einer mutmaßlich gefährlichen Person. Wenn diese eher polizeirechtliche Vorgehensweise gleichwohl von der Rspr. als repressive Strafverfolgungsmaßnahme eingeordnet wird,[25] so mag das der Schaffung klarer Zuständigkeitsverhältnisse und rechtsstaatlicher Kontrollmöglichkeiten qua Strafverfahrensrecht geschuldet sein.[26] In der Sache überzeugt es nicht und es verspielt die Chance einer präventivpolizeilichen Fundierung des Lockspitzeleinsatzes, ohne dafür adäquaten Ersatz bieten zu können.

V. Datenkauf

Beim Kauf (oder sonstiger Beschaffung) fremder Daten, wie er erstmals im Falle der Liechtensteiner Steueraffaire[27] bekannt geworden ist, mittlerweile aber seitens

[24] Ebenso *Sommer*, StraFo 2000, 153.

[25] BGHSt 41, 64, 68; 45, 321, 337; ebenso *Fischer/Maul*, NStZ 1992, 8 f.

[26] Dies begrüßt auch *Sommer*, StraFo 2000, 153.

[27] Sachverhaltsschilderungen bei *Kölbel*, NStZ 2008, 241, sowie *Sieber*, NJW 2008, 881 ff.

der Steuerverwaltungen um sich zu greifen scheint, tauchen vor allem zwei Legitimationsprobleme auf.

Zum einen stellt sich die Frage nach der Datenerhebungsbefugnis, wenn sich eine Behörde zu Strafverfolgungszwecken[28] personenbezogene Daten in Massen verschafft. Für vergleichbare Eingriffe wie die Schleppnetzfahndung (§ 98a f. StPO) oder auch die Erlangung von Telekommunikationsdaten (§ 100f StPO) existieren strafprozessuale Rechtsgrundlagen, weshalb deren Fehlen an dieser Stelle erst einmal nachdenklich stimmt. Jedenfalls geht es nicht um die von den §§ 161 I, 163 I StPO gedeckten *Auskünfte*, sondern um die Erhebung von Daten im großen Stil, die zudem aus privaten und nicht aus behördlichen Quellen geschöpft werden. Es bliebe also erneut allein der Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklauseln, die dazu freilich solange – aber auch nur solange – genügen dürften, wie der Informationsgeber mitspielt und die Weitergabe nicht ihrerseits rechtliche Grenzen überschreitet.[29] Aus dem Datenschutzrecht ergeben sich jedenfalls keine durchgreifenden Bedenken. Selbst für den Fall, dass man die §§ 161 I, 163 I StPO nicht als gemäß § 1 III BDSG vorrangige bereichsspezifische Regelungen begreifen sollte, würden insoweit die Erlaubnisnormen in § 13 I, II Nr. 1 BDatG eingreifen, die eine Datenerhebung aus Gründen eines „wichtigen öffentlichen Interesses" – und als solches dürfte die Strafverfolgung ohne Weiteres gelten – zulassen.

Zum anderen bleibt die Frage zu beantworten, unter welchen Umständen sich der Staat notfalls auch kriminell erlangter Beweismittel bedienen, ja ggf. sogar selbst zu Beweiszwecken tatbestandliche Handlungen begehen darf, falls die Erlangung des Datenbesitzes damit notwendigerweise einherginge. So müsste man für Konstellationen wie im Fall Liechtenstein über eine Geheimnishehlerei gemäß § 17 II Nr. 2 UWG (oder Anstiftung bzw. Beihilfe dazu) zumindest näher nachdenken.[30] Schon im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip bleiben dem Staat Beweisbeschaffungsmethoden verwehrt, die ihrerseits ungerechtfertigt gegen Strafnormen verstoßen. Rechtfertigungsnormen aber sind jedenfalls außerhalb der nachrichtendienstlichen Sphäre nicht in Sicht. Dass es sich um keine „Ermittlungen jeder Art" i.S.d. §§ 161 I, 163 I StPO handeln kann, erscheint evident. Die einzige prinzipiell geeignete Rechtfertigungsnorm, der Notstand gemäß § 34 StGB, wird meistenteils an Abwägungs- und Angemessenheitserfordernissen scheitern.[31]

Andererseits wird man die Nutzung von Beweismitteln, die von *privater* Seite kriminell erlangt wurden, kaum in Zweifel ziehen können, solange die staatliche Seite an der vorangehenden Straftat unbeteiligt bleibt. Im Falle unter Verstoß gegen § 201 StGB privat aufgezeichneter Telefongespräche hat dies die Rspr. zumin-

---

[28] Der Umstand, dass die Datenträger im Liechtensteiner Fall nicht von Strafverfolgungsbehörden, sondern vom BND beschafft wurden, muss an dieser Stelle zur Vereinfachung ausgeblendet bleiben.

[29] *Kölbel*, NStZ 2008, 243.

[30] Bejahend *Stahl/Demuth*, DStR 2008, 600; *Schünemann*, NStZ 2008, 308; *Spernath*, NStZ 2010, 309; verneinend – aber nur im Hinblick auf eine Rechtfertigung nach den §§ 2, 3 BND-Gesetz i.V.m. § 8 II BVerfSchG, die bei Tätigwerden der Polizei ausfiele – *Sieber*, NJW 2008, 882.

[31] BGHSt 34, 39, 51 f.; *Schünemann*, NStZ 2008, 308; *Stahl/Demuth*, DStR 2008, 600.

dest im Grundsatz anerkannt[32] und bislang ist auch niemand auf die Idee gekommen, beim Hehler gefundenes Diebesgut nur deshalb als Augenscheinsobjekt gegenüber dem Dieb in Zweifel zu ziehen, weil es von privater Seite, nämlich dem Hehler, zuvor durch eine Straftat erlangt worden war.

Strukturell dürften die Legitimationsprobleme der Erkenntnisgewinnung durch Datenkauf daher denjenigen der Überführung qua agent provocateur verwandt sein: In beiden Fällen ist es die staatliche Straftatbeteiligung, welche die grundlegenden Zweifel an der Zulässigkeit des staatlichen Vorgehens weckt.

VI. Konsequenzen aus der unzureichenden rechtlichen Absicherung

Stehen also V-Leute, NoeP, agent provocateur und Datenkauf auf rechtlich schwachen Füßen? Man mag es so beantworten: Auf eigenen Füßen stehen sie jedenfalls nicht, bestenfalls auf denen allgemeiner Ermittlungskompetenzen, und die tragen jedenfalls nicht all das, was wir gemeinhin als Handeln von V-Leuten, Lockspitzeln und NoeP kennen. Diese Diagnose zumindest partiell unzureichender rechtlicher Fundierung leitet zu der Frage über, welche Folgerungen sich aus ihr ergeben.

Die nahe liegende Forderung wäre natürlich, solche Ermittlungsmethoden künftig zu unterlassen. Eine solche Forderung bliebe freilich illusorisch, zumal die kriminalpolizeilichen Bedürfnisse hinsichtlich der diskutierten Maßnahmen wenigstens teilweise nachvollziehbar und auch gar nicht zu leugnen sind. Über den agent provocateur mag man gerne streiten; es fiele indes schwer, die sachliche Berechtigung des Einsatzes von V-Leuten, NoeP und Datenkauf rundherum in Abrede zu nehmen. Unbehagen bereitet hier vielmehr die methodenimmanente Missbrauchsgefahr, die sich in der Vergangenheit in skandalösen Einzelfällen durchaus realisiert hat.[33]

Steht nun am Ende – als alternative Konsequenz – der Ruf nach dem Gesetzgeber,[34] differenzierende, Missbräuche eindämmende Rechtsgrundlagen zu schaffen? Nach meinem Eindruck hat die rechtliche Regulierung zahlreicher Eingriffsmaßnahmen seit den 1970er-Jahren und verstärkt seit dem Volkszählungsurteil kein Mehr an Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit oder gar Freiheit gebracht. Überspitzt könnte man stattdessen formulieren, dass im Prinzip vielmehr all das legitimiert wurde, was die Technik zum jeweiligen Zeitpunkt hergab. Zudem ist das, was der Gesetzgeber in den letzten Jahrzehnten an strafprozessualen Regelungen zustande gebracht hat, schon gesetzestechnisch wenig ermutigend; die Normierungen sind lang, unübersichtlich, teils sogar unpraktikabel, wie zwanglos am Beispiel des § 100c StPO zu belegen ist.

---

[32] BGHSt 36, 167, 173 f.; 34, 39, 52; differenzierend i.S. einer „Dreistufentheorie" BVerfGE 34, 238, 249 f.; *Schroeder*, Strafprozessrecht, Rn. 143.

[33] Siehe dazu die Fallschilderungen von *Wesemann*, StV 1997, 603 f.; *Maluga* (Fn. 21), S. 6 ff.

[34] So *Rogall*, ZStW 103 (1991), 941 f.

VII. Regelung der Ermittlungsmittel oder ihres Vorgehens?

Aber vielleicht muss man gar nicht so weit gehen, den Gesetzgeber herbei zu rufen und sich seiner Phantasie auszuliefern, wenn man einen anderen Blickwinkel einnimmt. Wenden wir dazu einmal den Blick ab vom Instrument des Eingriffs (V-Mann, agent provocateur usw.). Sicherlich ist das die vertraute und gewohnte Sichtweise. Betrachten wir stattdessen das, was diese Personen bzw. Methoden an Eingriffen verwirklichen (Anstiften, Aushorchen, Erheben von Daten aus geschützten Bereichen usw.).

Schon bei der Frage, ob die Privatisierung staatlicher Aufgaben als solche einer Rechtsgrundlage bedarf, war der Blick auf den konkreten Vornahmeakt gerichtet worden. Diese Blickrichtung liegt nahe, denn nicht die staatlicherseits eingesetzte Person oder das Mittel als solches beeinträchtigen die Rechtssphäre des von ihnen Betroffenen, sondern das, was diesem an Informationen entlockt und was ihm an Freiheiten genommen wird. Beispielsweise bleibt es völlig irrelevant, ob intime Einzelheiten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung per Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) oder per Wohnraumüberwachung erhoben werden, und es irritiert aus *diesem* Blickwinkel, insoweit verschiedene Schranken (in den §§ 100c IV, V und 100a IV StPO) vorzusehen. Wenn dennoch bislang so vorgegangen wird, dann wohl aus der Erwägung heraus, dass mit dem Telefon eine jeweils singuläre Kommunikationsbeziehung, regelmäßig ohne allzu intimen Tiefgang, abgeschöpft wird, während die Wohnraumüberwachung eine totale Informationserhebung bis ins Schlafzimmer hinein ermöglicht. Die Wohnraumüberwachung mag daher ein höheres Informationserlangungspotenzial besitzen als eine TKÜ, was ihre höheren Schranken plausibel erscheinen lässt. Diese Erklärung vereinfacht aber auch sehr, und die beschriebenen Unterschiede im Informationserlangungspotenzial sind auch keineswegs zwingend, schaut man sich die Telefoniergewohnheiten unserer Kinder an (die mit steigenden technischen Möglichkeiten mobiler Kommunikation noch intensiver zu werden versprechen) und die im Vergleich geringe Rolle, die in ihrer Welt die häusliche Schlafstätte spielt. Liegt es da so fern anzunehmen, dass beide Eingriffe prinzipiell dieselbe tiefreichende Informationserhebung ermöglichen? Wäre es von daher nicht ebenso plausibel, beide Eingriffe denselben hohen Schranken zu unterwerfen?

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass sich auch die Diskussion um Lockspitzeleinsätze um die Frage dreht, wer angestiftet werden und wie dies geschehen darf, und dass bei V-Leuten und NoeP die kritischen Fragen diejenigen sind, die das Betreten von Wohnungen, das Mitmachen bei Straftaten und das aktive, täuschende Aushorchen betreffen. Wir versuchen also wie beim Lauschen, die gesamte Kategorie „V-Mann“ (bzw. „agent provocateur“, „Datenkauf“ usw.) anhand ihres jeweiligen Handlungspotenzials (einschließlich des insoweit zu erwartenden Missbrauchs) pauschal einzuschätzen. Während das bei TKÜ und Wohnraumüberwachung immerhin noch plausibel war, wird es hier durch einen weiteren Aspekt fragwürdiger: TKÜ und Wohnraumüberwachung stellen passiv registrie-

rende Ermittlungsmittel dar, die nach ihrer Installation automatisiert alles aufzeichnen, was sie „hören“. Demgegen verlangen die hier in Rede stehenden Methoden ein dynamisches, mit einem Gegenüber kommunizierendes Vorgehen, bei dem das Ermittlungsinstrument zudem ein Mensch mit seiner ganzen Unberechenbarkeit ist. Was der eingesetzte V-Mann oder Lockspitzel oder datenkaufende Polizist am Ende tatsächlich tun, ist ex ante betrachtet völlig offen. Der V-Mann kann plötzlich in eine Lage geraten, in der er als agent provocateur agierend eine Überführungschance sieht, während es dem als Lockspitzel eingesetzten Beamten nicht gelingen mag, sein Gegenüber zu dem von ihm angestrebten Vergehen zu verlocken, und sein Handeln (mangels Strafbarkeit seiner versuchten Anstiftung) keiner weiteren Rechtfertigung bedarf. Die Kategorisierung „V-Mann“, „agent provocateur“ usw. vernebelt deshalb für die Diskussion um Rechtsgrundlagen vielleicht mehr, als sie klärt; sie suggeriert einen Anspruch, ein Phänomen als solches regeln zu können, was in Wirklichkeit kaum gelingen kann. Wollte man beispielsweise im Rahmen einer Regulierung das bewährte Kontrollinstrument zuvoriger staatsanwaltschaftlicher oder richterlicher Genehmigung einsetzen, so erforderte dies eine Determinierbarkeit des jeweiligen Einsatzes vor seinem Beginn, die wie gesagt wenig realistisch erscheint. Eine an der personellen Kategorisierung ansetzende, wirksam kontrollierende und zugleich das Phänomen vollständig erfassende Normierung müsste deshalb aus sehr differenzierenden, unübersichtlichen Regelungen bestehen, die niemand ernstlich wünschen kann.

Wendet man sich stattdessen dem zu, was bei dem jeweiligen Vorgehen geschieht, und macht man sich dabei die Erkenntnis zunutze, dass es gleichgültig ist, ob ein Beamter oder ein von einem Beamten gesteuerter Privater handelt, so gewinnt man ein anderes und zudem klareres Bild. Konsequenz einer solchen, auf den jeweiligen Eingriff abhebenden Sichtweise wäre beispielsweise, Ermittlungen von V-Leuten und NoeP nicht nur im Verhältnis zueinander gleichzustellen, sondern auch im Verhältnis zum offiziellen Verhör, weil letztlich Ähnliches geschieht, nämlich einen Zeugen oder Beschuldigten auszuhorchen. Ein Vernehmender aber dürfte in einer vergleichbaren Lage (also ohne vorherige Information über die Vernehmungssituation und Belehrung) zwar zuhören und registrieren, was sein Gegenüber spontan und nicht im Hinblick auf eine Kommunikationssituation mit dem Vernehmenden äußert. Spricht er aber mit ihm über Dinge, die auch nur entfernt verfahrensrelevante Antworten initiieren könnten, so wären die Resultate entsprechender „Vernehmungen“ schlicht unverwertbar, weil und soweit die erforderlichen Belehrungen unterblieben sind. Erkenntnisse einer verdeckt ermittelnden Person über Äußerungen von Zeugen/Beschuldigten dürften in gleicher Weise allein dann verwertet werden, wenn sie gewissermaßen nebenbei aufgefangen werden, etwa durch das Mithören von Gesprächen mit Drittpersonen, oder wenn der Ausgespähte unmotiviert und nicht vom V-Mann ermuntert „drauflosplaudert“. Alles Übrige wäre hingegen unverwertbar.

Eine solche Konsequenz mag den Strafverfolger erst einmal verschrecken. Bei näherem Hinsehen aber wird er sich vielleicht schnell wieder beruhigen lassen.

Denn die Unverwertbarkeit (zu Beweis- und Eingriffszwecken) wäre ja nach überwiegend konsentierter Auffassung nicht mit gänzlicher Unverwendbarkeit gleichzusetzen. Vielmehr dürften die erlangten Informationen als sog. Spurenansätze zur Grundlage weiterer Ermittlungen gemacht werden,[35] die schließlich auf den erforderlichen Beweis hinauslaufen mögen, beispielsweise zur Festnahme des Täters auf frischer Tat infolge der V-Mann-Informationen über geplante Rauschgiftgeschäfte. Es wäre – was hier nicht zu leisten ist – einmal in Ruhe durchzuspielen, ob dies wirklich eine nachhaltige Einbuße für die „Bekämpfung" bestimmter Kriminalitätsphänomene bedeutete. Und führte nicht vielleicht sogar der Verzicht auf die immer wieder die Revisionsgerichte beschäftigenden, dubiosen Vernehmungskarikaturen (mit eingeschränkter visueller Übertragung, Stimmenverfremdung) oder Vernehmungssurrogate (qua Vernehmung z.B. des V-Mann-Führers) und ihre Ersetzung durch andere Beweismittel unter dem Strich zu einem Gewinn an strafprozessualer Effektivität? Immerhin entfiele das Problem der Aufdeckung der V-Mann-Identität dann weitgehend, was für die Polizeiarbeit eine gewisse Entlastung mit sich brächte.

Betrachten wir es zur Untermauerung des Vorgeschlagenen einmal andersherum: Wenn die Prämisse richtig ist, dass V-Mann und offen ermittelnder Beamter prinzipiell ein Gleiches tun, dann führte die Forderung, die verdeckten Vernehmungen der ersteren zuzulassen, in der Konsequenz dazu, dass sich auch für die letzteren nicht mehr rechtfertigen ließe, was wir für sie derzeit an Regeln zur Belehrungspflicht und zur Täuschungsfreiheit pflegen. Auch ihnen müsste dann eigentlich all das an Tricksereien und Inunkenntnislassen gestattet werden, was man den verdeckt Ermittelnden bislang zuzugestehen bereit ist. Weil das selbstverständlich niemand wollen kann, muss die Folgerung lauten, jedes staatliche und staatlich initiierte Ermittlungshandeln an denjenigen Regeln zu messen, die für die offene Ermittlung und Vernehmung gelten, andernfalls es nicht unmittelbar zu Beweiszwecken verwertet werden dürfte.

Der agent provocateur-Einsatz müsste sich in entsprechender Weise daran messen lassen, ob die Anstiftung eines anderen rechtmäßig ist oder nicht. Die Antwort kann für den Regelfall nur verneinend ausfallen. Eine Anstiftung mag einmal zu rechtfertigen sein auf Grund eines Notstandes i.S.v. § 34 StGB, indes wird dies allenfalls ganz ausnahmsweise gelingen. Aber auch nur für solche extremen Ausnahmefälle, in denen viel auf dem Spiel steht und nichts anderes Erfolg verspricht, sollte ein Rechtsstaat den Lockspitzeleinsatz überhaupt als ultima ratio erwägen. Einer ähnlichen Abwägung unterläge schließlich auch der Datenkauf, sobald er sich als grundsätzlich strafbare Beteiligung an einer Straftat des Veräußerers darstellt.

[35] KK-*Schoreit,* § 152 StPO Rn. 32; differenzierend *Meyer-Goßner*, § 152 StPO Rn. 4b; LR-*Beulke,* § 152 Rn. 26 f.

VIII. Fazit

Die Antwort auf die eingangs gestellte Frage nach ausreichenden Rechtsgrundlagen lautet daher: Es existieren für die hier thematisierten *Vorgehensweisen* bereits spezifische Rechtsgrundlagen und Bewertungen und wir brauchen keine neuen, wenn wir bereit sind zu akzeptieren, das, was verdeckt geschieht, an den existenten Regeln des offenen Vorgehens zu messen, und wenn wir weiter bereit sind, die Folgen, nämlich die nur bedingte Verwertbarkeit der durch sie erlangten Erkenntnisse, ernst zu nehmen. Der Staat darf sich durchaus verdeckter Ermittler und privater Helfer bedienen, aber er muss sich im Gegenzug gefallen lassen, dass deren Verhalten so beurteilt wird, als hätte der Staat selbst gehandelt, und dass die so erlangten Informationen sich weitgehend auf Hintergrundwissen und Ermittlungsansätze beschränken werden.

Siegeszug der Vernunft oder der Willkür - Opportunitätseinstellungen im Strafverfahren

Werner Beulke

I. Einleitung

Die Einstellung aus Opportunitätsgründen ist aus dem Staatsanwalts-, Gerichts- und Verteidigeralltag nicht mehr wegzudenken. Insbesondere § 153a StPO hat einen Siegeszug angetreten, der so wohl von niemandem vorausgesehen wurde. Assoziierte man vor Jahrzehnten mit der Opportunitätseinstellung vorrangig Begriffe wie Jugendstrafrecht, Bagatelldelikte, Kleinkriminalität, hat sich heute der Blickwinkel geändert. Hinzugekommen sind nicht unerhebliche Segmente aus dem Bereich der mittleren Kriminalität[1]. Zugleich hat man sich im Wirtschaftsstrafrecht bereits in noch höhere Regionen „vorangearbeitet". Während der erste Strafsenat für Steuersünder ab einer Schadenssumme von einer Million Euro eine einjährige Freiheitsstrafe ohne Bewährung festzementieren möchte[2] und sich dabei des Beifalls einer Gesellschaft sicher ist, die verstärkt auf punitive Strategien setzt und immer neue Felder strafrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten erschließt, wird in anderen Verfahren mit mindestens gleich hoher Schadenssumme seitens der Verfahrensbeteiligten nach wie vor die Notbremse der Einstellung gezogen. So werden wir Zeuge einer merkwürdig gespaltenen Verfahrenswirklichkeit. Strafschärfende

---

[1] LR-*Beulke* StPO (26. Aufl. 2008) § 152 Rn. 40; *ders.*, Strafprozessrecht (11. Aufl. 2010), Rn. 337a; *Fezer* ZStW 106 (1994), 1, 30 f.; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht (26. Aufl. 2009), § 14 Rn. 5.
[2] BGHSt 53, 71 ff.

und strafmildernde Tendenzen kreuzen sich. In ein- und derselben Legislaturperiode führt der Gesetzgeber einerseits die Möglichkeit nachträglicher Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht ein[3] und kodifiziert andererseits die Absprache im Strafverfahren[4].

II. Historische Bezüge und empirische Erkenntnisse

Der Bestand gesetzlicher Nichtverfolgungsermächtigungen war anfänglich verhältnismäßig überschaubar, so dass die Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip außer Frage stand[5]. Er umfasste lediglich den – damals umfangmäßig geringen – Katalog der Privatklagedelikte sowie die Einstellung bei Nebendelikten, also den heutigen § 154 StPO. Beseelt von einem im Vordringen befindlichen Opportunitätsdenken wurde die Erforschungspflicht der Strafverfolgungsbehörden zunehmend eingeschränkt[6]. Zunächst vollzog sich die Erweiterung der Nichtverfolgungsermächtigungen durch den allmählichen Ausbau der Privatklagedelikte. Ab dem Jahre 1924 begann mit der Einfügung der §§ 153 ff. StPO durch die sog. Emminger-Verordnung[7] die bis heute fortgesetzte Ausdehnung der Einstellungsmöglichkeiten für Staatsanwaltschaft und Gericht. Einen ganz erheblichen Zuwachs brachten schließlich die Reform im Jahre 1974[8], in deren Rahmen unter anderem § 153a StPO geschaffen wurde, sowie die Gesetzesänderung durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz aus dem Jahre 1993[9], durch welche der Anwendungsbereich der Norm auf die mittlere Kriminalität ausgedehnt wurde.

Nach der staatsanwaltschaftlichen Verfolgungsstatistik wird unser Strafverfahren zwar immer noch mehrheitlich vom Legalitätsprinzip geprägt (aus Opportunitätsgründen wird nur etwa ein Viertel der Verfahren eingestellt[10]); nimmt man jedoch das gerichtliche Verfahren nach Erhebung der öffentlichen Klage hinzu, so kann man eine Einstellungsquote aus Opportunitätsgründen von etwa 60 % konstatieren[11]. Selbst wenn man nur die nach allgemeinem Strafrecht informell und

---

[3] Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilung nach Jugendstrafrecht vom 8. Juli 2008, BGBl. I, S. 1212.
[4] Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2353
[5] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 152 Rn. 42 m.w.N.
[6] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 152 Rn. 42. Zur Entwicklung seit der Entstehung der StPO ausführlich *Marquardt* Die Entwicklung des Legalitätsprinzips (1982), 60 ff.
[7] Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924, RGBl. I, S. 135.
[8] Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 2. März 1974, BGBl I, S. 469, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2288. vgl. zur Entstehungsgeschichte die ausführliche Darstellung von *Kausch* Der Staatsanwalt – Richter vor einem Richter? (1980), 45 ff.; ferner LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 153a Entstehungsgeschichte; *Waller* DRiZ 1986, 47 f.
[9] Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar.1993, BGBl I, S. 50.
[10] Während die Einstellung mit Auflage 1,8 % der von der Staatsanwaltschaft beim Landgericht und von der Amtsanwaltsschaft erledigten Ermittlungsverfahren ausmacht, liegt die Einstellung ohne Auflagen bei 14,4 %.Weitere Einzelheiten vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Staatsanwaltschaften, 2009.
[11] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 152 Rn. 43 m.w.N.

formell Sanktionierten gegenüberstellt, also nur die Anwendung des Erwachsenenstrafrechts betrachtet, liegt nach dem von *Heinz* herausgegebenen *Konstanzer Inventar Sanktionsforschung* im Jahre 2008 die Quote der informell Sanktionierten, also die der Einstellung aus Opportunitätsgründen durch das Gericht und die Staatsanwaltschaft, zusammen bei schon 53 %[12]. Die faktische Geltung des Opportunitätsprinzips im Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität kann heute nicht mehr geleugnet werden. War das nun ein Siegeszug der Vernunft oder der Willkür?

III. Die Funktionen der Einstellung aus Opportunitätsgründen

1. Entkriminalisierung der Bagatellkriminalität

Relativ wenig Kritik wird der Entkriminalisierung im Bereich der echten Bagatellkriminalität entgegengebracht[13]. Sie erscheint sinnvoll und entspricht der Erkenntnis, dass strafrechtliche Sanktionen so gering wie möglich ausfallen sollten. Nicht nur aus dem Jugendstrafrecht ist bekannt, dass es nicht so sehr auf die Höhe der Sanktion ankommt, sondern darauf, dass der Staat überhaupt (möglichst zeitnah) irgendwie reagiert. Mit Kanonen nach Spatzen zu schießen, ist unsinnig. Bagatelltäter können zumeist bereits durch einen Normappell im Wege einer sanktionslosen Einstellung oder durch Erfüllung nicht allzu belastender Auflagen und Weisungen von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten werden.

Allerdings verbleiben Probleme, insbesondere verfassungsrechtlicher Art. Diese sind indes verhältnismäßig gering, soweit es um die Handhabung des § 153 StPO geht, weil hier das Verfahren ohne jede belastende Sanktionswirkung eingestellt wird. Problematischer erscheint die Verfahrensbeendigung nach § 153a StPO vor dem Hintergrund grundgesetzlicher Gewährleistungen, weil dort der Beschuldigte Leistungen erbringen muss.

a) Unschuldsvermutung

Im Schrifttum wird deshalb ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) moniert[14]. Dies erscheint mir jedoch nicht einleuchtend[15]. Zwar befindet sich der Beschuldigte, der einer Einstellung nach § 153a StPO zustimmt,

---

[12] *Heinz* Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882 bis 2008, 2.1 Schaubild 7 (Stand: Berichtsjahr 2008; Version 1/2010) Internet-Publikation im Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, abrufbar unter: www.uni-konstanz.de/rtf/kis.

[13] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 152 Rn. 44.

[14] *Hirsch* ZStW 92 (1980), 218, 233; *Horstmann* Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen (2002), 242 ff.; vgl. auch *Stuckenberg* Untersuchungen zur Unschuldsvermutung (1998), 566 f. (gegen ihn *Schulz* GA 2001, 226, 241); *Weigend* ZStW 109 (1997), 103, 109; ZStW 111 (1999), 916, 924.

[15] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 153a Rn. 14; vgl. auch EGMR EuGRZ 1980, 667 ff. (Fall Deweer) mit Anm. *Espenhain* EuGRZ 1981, 15 ff. und Bespr. *Trechsel* JR 1981, 133, 135, wo entscheidend auf das Fehlen von Zwang abgestellt wird; ebenso Fezer ZStW 106 (1994), 1, 33, *Haberstroh* NStZ 1984, 289, 294; *Kühl* Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung (1983), 116 ff.; *Kunz* Das strafrechtliche Bagatellprinzip (1984), 71 ff.; vgl. auch BT-Drucks. 7/1261, 28.

unbestreitbar in einer „Drucksituation". Diese ist jedoch nicht größer als bei Konfrontation mit einem Strafbefehl, der sich als Mittel der Verfahrensbeendigung allgemeiner Akzeptanz erfreut[16].

b) Gewaltenteilungsgrundsatz

Gleichermaßen machen Kritiker einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung geltend, sofern die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen Erfüllung von Auflagen und Weisungen einstellt[17]. Das Rechtsprechungsmonopol der Richter aus Art. 92 GG statuiert ein Verbot für nichtrichterliche Organe, rechtsprechende Gewalt auszuüben. Es ist zwar richtig, dass der Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit zum originär verfassungsrechtlichen und damit für den Gesetzgeber nicht verfügbaren Bereich gehört[18]; allerdings sind Auflagen und Weisungen im Sinne von § 153a StPO weder Geld- oder Freiheitsstrafen im materiell-rechtlichen Sinne noch Sanktionen strafähnlicher Art[19]. Zwar werden Geldzahlungen nach § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StPO vom Beschuldigten als ein Übel empfunden, das ihn wegen des Tatvorwurfs trifft und ihm von den Strafverfolgungsbehörden eben wegen dieser Wirkung auferlegt wird. Die Freiwilligkeit der Übernahme und die Ablehnung jeder – insbesondere zivilrechtlichen – Fernwirkungen lassen die Rechtsfolge indes als nicht zum Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit zählend erscheinen. Zudem muss berücksichtigt werden, dass § 153a StPO gerade vor dem Hintergrund Eingang in das Gesetz fand, die Strafe im konkreten Einzelfall durch eine divergente, eben nichtstrafrechtliche Sanktion zu ersetzen[20].

c) Bestimmtheitsgrundsatz

Zudem rügen einige Autoren einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG[21]. Insoweit wird die fehlende Präzision der Anwendungsvoraussetzungen im Allgemeinen sowie der offene Katalog möglicher Maßnahmen im Besonderen kritisiert[22]. Auflagen und Weisungen seien eine Art informelle Sanktion. Daher müsse der Einfluss des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG im Sinne einer optimalen Wirkungskraft auch auf die Vorschrift des § 153a StPO Anwendung finden. Dem hat sich allerdings das Bundesverfassungsgericht zu Recht nicht angeschlossen[23]. Auch § 56c StGB sieht einen offenen Maßnahmekatalog vor, ohne dass ihm im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot Bedenken entgegengebracht würden. Es handelt sich speziell bei den Weisungen nicht um Strafe oder strafähnliche Ahndungsformen, sondern um Hilfestellungen

---

[16] Vgl. *Gössel* FS Dünnebier, 121, 138; *Herrmann* ZStW 96 (1984), 455, 471; *Montenbruck/Kuhlmey/Enderlein* JuS 1987, 967, 970.

[17] *Horstmann* (Fn. 14) 208 ff. m.w.N.; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht (Fn. 1) § 14 Rn. 14.

[18] BVerfGE 22, 49, 73 ff.

[19] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 153a Rn. 8 f.; BGHSt 28, 176 (im Sinne des § 115b BRAO); BT-Drucks. 7/1261, 28; *Horstmann* (Fn. 14) 220; *Jostes* Leistungsstörungen und Fehlverhalten von Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Einstellung des Verfahrens gemäß § 153a StPO (2004), 23; *Saliger* GA 2005, 155, 168; *Schulenburg* JuS 2004, 765, 767.

[20] *Hermann* ZStW 96 (1984), 472.

[21] *Horstmann* (Fn. 14) 184 f.; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht (Fn. 1) § 14 Rn. 14.

[22] Insbesondere *Britz/Jung* FS Meyer-Goßner (2001), 307 ff.

[23] Vgl. BVerfGE 50, 205, 214; 65, 377, 381; 92, 277, 362.

zur Vermeidung zukünftiger Delinquenz und die gesetzlichen Beispiele konturieren Gegenstand und Umfang zulässiger Auflagen und Weisungen in ausreichendem Maße[24].

Natürlich ist nicht zu leugnen, dass die Voraussetzungen für eine Einstellung aus Opportunitätsgründen relativ unbestimmt sind. Im Sinne einer flexiblen Handhabung der Vorschriften – man mag im Sinne des Mottos des gegenständlichen Kolloqiums auch von einer Entformalisierung der Diversion sprechen – bin ich aber, ebenso wie *Salditt*[25], dennoch kein Befürworter der Vorschläge von *Weigend*[26] und *Satzger*[27], die eine stärkere Verrechtlichung der §§ 153 ff. StPO fordern. So werden zum Beispiel durch die Einführung von Regelbeispielen nur Scheinhürden aufgebaut. Die verschärften Anforderungen an die Begründung könnte ein erfahrener Staatsanwalt problemlos durch vorgefertigte Textbausteine umgehen. Umgekehrt wäre die Einführung eines Einstellungserzwingungsverfahrens nach österreichischem Vorbild (§ 108 ÖstPO), wie es z. B. *Satzger*[28] propagiert, eher eine Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für Juristen, als ein Mittel zur Steigerung der Prognostizierbarkeit des Verfahrensausgangs.

d) Gleichheitssatz

Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz kommt vor allem in Betracht, weil in den verschiedenen Bundesländern höchst unterschiedliche Einstellungspraktiken herrschen. Insofern hat schon das Bundesverfassungsgericht in seiner „Cannabis-Entscheidung" an die Länder appelliert, „für eine im Wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen"[29]. Dieser Forderung wurde bisher nicht nachgekommen. Im Gegenteil geht die Sanktions- und Diversionsschere zwischen den Bundesländern immer weiter auseinander, so im Jahre 2008 einerseits in Bayern mit einer Diversionsquote von 42,4 % und andererseits in Schleswig-Holstein mit einer Quote von 66,5 %[30]. In Bayern werden 20,6 % der Verfahren ohne Auflagen und Weisungen eingestellt; in Schleswig-Holstein 48,6 %[31].

Diese Tendenzen sind zwar beklagenswert und es ist weiterhin Abhilfe zu fordern; gleichwohl stellen sie aber die gesetzliche Konzeption der §§ 153 ff. StPO nicht in Frage. Derartige Eskapaden unserer föderalistischen Staatsstruktur sind in

---

[24] *Beulke* FS Dahs, 209, 214 m.w.N.

[25] *Salditt* Verhandlungen zum 65. Deutschen Juristentag Band II/2 (2004), O 54.

[26] *Weigend* Anklagepflicht und Ermessen (1978), 177 f.; *ders.* ZStW 109 (1997) 103, 109 f.

[27] *Satzger* Beilage zu NJW 2004, 17, 20; *ders.* Gutachten C für den 65. Deutschen Juristentag (2004), C 71 f.

[28] *Satzger* Beilage zu NJW 2004, 17, 20 Fn. 26; vgl. auch *ders.* (Fn. 27) C 77 ff. m.w.N.

[29] BVerfGE 90 145, 190 mit Anm. *Kreuzer* NJW 1994, 2400; *Nelles/Velten* NStZ 1994, 366; *Schneider* StV 1994, 390; krit. *Erb* Legalität und Opportunität (1999), 143.

[30] *Heinz* Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882 bis 2008, 2.1 Schaubild 9 (Stand: Berichtsjahr 2008; Version 1/2010) Internet-Publikation: Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, abrufbar unter: www.uni-konstanz.de/rtf/kis.

[31] *Heinz* Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882 bis 2008, 2.1 Schaubild 10 (Stand: Berichtsjahr 2008; Version 1/2010) Internet-Publikation im Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, abrufbar unter: www.uni-konstanz.de/rtf/kis.

vielen Bereichen zu verzeichnen, so zum Beispiel auch bei der Handhabung des § 105 JGG.

e) Vermeidung gebotener Freisprüche

Eine der großen Gefahren, die im unteren Segment der Kriminalität zu verzeichnen ist, liegt darin, dass die §§ 153, 153a StPO missbraucht werden, um eigentlich angebrachte Freisprüche zu vermeiden[32].

§ 153 StPO wird zu diesem Zweck sicherlich nur in Extremfällen herangezogen, so zum Beispiel bei dem mir kürzlich berichteten Fall, bei dem sich die angeklagte Sexualbeleidigung in der Hauptverhandlung als nicht unter § 185 StGB subsumierbar entpuppte, man aber glaubte, dem Angeklagten eine ernste Warnung erteilen zu müssen und den Opfern und der Öffentlichkeit einen Freispruch nicht zumuten zu können. In verstärktem Maße wird in der Praxis § 153a StPO als Instrument zur Vermeidung unerwünschter Freisprüche eingesetzt, namentlich in den Fällen zweifelhafter Beweislage, aber auch bei überlanger Verfahrensdauer und drohender Verjährung[33]. Die Göttinger Untersuchung von *Ahrens* aus dem Jahre 1978[34], der zu dem Ergebnis kam, dass die Zustimmung zur Verfahrenseinstellung gem. § 153 Abs. 2 StPO in der Hauptverhandlung seitens der Staatsanwaltschaft in 52 % aller Fälle erfolgte, um einen befürchteten Freispruch zu vermeiden, hat nichts an Aktualität eingebüßt. Natürlich handelt es sich um rechtswidrige Vorgehensweisen, die es zu bekämpfen gilt; sie diskreditieren die Regelung indes meines Erachtens noch nicht derart, dass sie bereits eine Gesamtablehnung rechtfertigten. Den Schutz des Beschuldigten sehe ich auch insoweit vorrangig durch die Möglichkeit gewahrt, der Verfahrenseinstellung nicht zuzustimmen.

2. Schaffung von Rechtsfrieden auch im Bereich der mittleren Kriminalität

Indem der Gesetzgeber im Rahmen des § 153a StPO festgelegt hat, dass die Schwere der Schuld nicht entgegenstehen darf, hat er den Anwendungsbereich der Norm bewusst auf den Bereich der mittleren Kriminalität ausgedehnt[35]. Ich gebe zu, dass hier der Einwand besonders nahe liegt, es seien Bereiche der staatsanwaltschaftlichen Erledigung zugeschrieben worden, die eigentlich dem Richter oblägen.

Im Ergebnis ist ein Verstoß gegen verfassungsrechtliche Grundsätze meines Erachtens jedoch auch insoweit abzulehnen. Es gelten die bereits vorgetragenen Argumente; insbesondere sei in Erinnerung gerufen, dass der Beschuldigte der Einstellung aus freien Stücken zustimmt. Hinzu kommt im mittleren Kriminalitätssegment, dass die Einstellung der Zustimmung des Gerichts bedarf, wenn es sich um ein Vergehen handelt, dass mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht

[32] *Dahs* NJW 2006, 1192 spricht insoweit von § 153a StPO als Rettungsanker der Strafverfolgungsbehörden.
[33] *Dahs* NJW 2006, 1192.
[34] *Ahrens* Die Einstellung in der Hauptverhandlung gem. § 153 II, 153a II StPO (1978), 130.
[35] BT-Drucks. 12/1217, 34; *Böttcher/Mayer* NStZ 1993, 153, 154.

ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen nicht gering sind (§ 153 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 153a Abs. 1 letzter Satz StPO). Auf die geforderte richterliche Kontrolle wird also gerade bei höheren Schadenssummen nicht verzichtet.

Ein fader Beigeschmack stellt sich in Fällen der Einstellung gegen Geldzahlung nur bei ganz hohen Summen ein. Wenn ich mich umhöre, vernehme ich jenseits der an zwei Händen abzuzählenden spektakulären Wirtschaftsstrafverfahren gegen Prominente keinen Vorwurf der Klassenjustiz. Das lautlose Einstellen von Steuerstrafverfahren und vieler anderer Wirtschaftsstraftaten erfolgt ohne Widerspruch. In unserer Mediengesellschaft könnte sich keine Staatsanwaltschaft auf Dauer heftigen Stürmen der Entrüstung widersetzen. Ehrlicherweise sollten wir auch nicht verschweigen, dass es Strafverfahren gegen Prominente gegeben hat, in denen die Fans einschlägige Verfahrensstrategien geradezu forderten, so z. B. im Steuerstrafverfahren gegen Steffi Graf.

Schichtspezifische Aspekte spielen also allenfalls in einzelnen, medienwirksamen Verfahren eine Rolle; nicht jedoch in der Breite des Justizalltags. Natürlich ist mir bewusst, dass die Einschaltung von Anwälten die Einstellungsquote erhöht und es scheint mir auch offensichtlich, dass sehr erfahrene (und zumeist auch teure) Spitzenverteidiger allein schon durch ihr Expertenwissen die Einstellungsquote nochmals nach oben schrauben. Dies ist aber kein Problem des Diversionsverfahrens sondern generell der Finanzierung guter Strafverteidigung. Staatsanwaltschaften und Gerichte urteilen jedenfalls nicht gezielt zu Lasten der Ärmeren. Mittelbare Einflüsse halte ich für unvermeidbar.

Wie effektiv die Einstellungslösung genutzt wird, zeigen auch die Vorgänge im Zusammenhang mit der Liechtensteinaffäre. Man hört, dass die mit lautem Getön eingeleiteten Strafverfahren ganz überwiegend – mit Ausnahme desjenigen gegen die Gallionsfigur Klaus Zumwinkel – durch Nachzahlung ihrer Steuerschuld und Draufsattlung einer saftigen Geldbuße über § 153a Abs. 1 StPO schnell wieder beendet wurden. Die Ausschöpfung der Opportunitätsmöglichkeiten reichte offensichtlich zur Normstabilisierung aus und brachte reichen Steuersegen. Wir sollten froh sein, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Gelegenheit nutzen, auf andere Weise als durch die Bestrafung des Beschuldigten Rechtsfrieden zu schaffen. Hier wird das in § 153a StPO steckende Resozialisierungspotential effektiv genutzt. Ich sehe keinen Vorzug darin, unsere Steuersünder en masse ins Gefängnis zu verfrachten.

Deshalb halte ich es auch nicht für angebracht, den Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV) aufzugreifen, die Einstellung nach § 153a StPO nur dann zuzulassen, wenn eine höhere Strafe als Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen nicht zu erwarten ist[36]. Da die Kriminalitätsquote trotz wachsender Einstellungsquoten nicht steigt, spricht nichts dafür, unsere Staatsan-

[36] *Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer* Alternativ-Entwurf, Reform des Ermittlungsverfahrens (2001), 83 ff.; vgl. auch *Heghmanns* JA 2002, 985, 990 f. sowie *Freund* GA 2002, 82, 89 f.

wälte im Hinblick auf den Gebrauch der Einstellungsmöglichkeiten zu bremsen, wenn im Urteil mehr als die zugelassene Tagessatzquote zu erwarten wäre.

Gestraft wird in unserem Staat genug – entkriminalisierende Tendenzen sollte man daher nur dann verdammen, wenn sie mit noch höherrangigen anderen Werten kollidieren. Diese vermag ich hier nicht zu erkennen. Es ist gerade das Ultima-ratio-Prinzip, das meines Erachtens auch im Segment der mittleren Kriminalität den Ausschlag zugunsten der geltenden Regelung gibt.

3. Entlastung der Justiz sowie der Staatskasse

Angesichts der dünnen Personaldecke im Bereich der Justiz ist die Möglichkeit der Einstellung aus Opportunitätsgründen inzwischen schon aus organisatorischen Gründen unverzichtbar. Jeder Staatsanwalt mit Durchschnittsreferat müsste andernfalls den Laden dicht machen. Viele Staatsanwälte ersticken in Arbeit. Die Finanzminister sparen. Als Ausweg bleibt nur die Einstellungslösung. Andererseits darf die Lage auch nicht dramatisiert werden. Ein Vergleich des Justizoutputs im Zeitraum der letzten 100 Jahre ergibt, dass die Anzahl der Verurteilten pro 100.000 Bürger gleich geblieben ist. Die Verurteiltenziffer weist die Justiz also als eine Maschine mit immer gleicher Leistungsfähigkeit aus. Kommt durch neue Gesetze und natürlich auch durch Ansteigen der Kriminalität mehr hinein[37], wird durch Einstellung auch mehr ausgefiltert. Der Langzeitvergleich zeigt, dass in unserer relativ heilen Welt eine höhere Verurteiltenquote offensichtlich nicht erforderlich ist.

In Zeiten knapper öffentlicher Kassen möchte ich allerdings eine andere Tendenz beklagen. Zahlungsauflagen (insbesondere bei Wirtschaftsstrafverfahren) werden zunehmend zugunsten der Staatskasse verhängt, wohl um damit das Schuldenmeer der öffentlichen Hand teelöffelweise zu verringern[38]. Sowohl Höhe als auch Adressat der Geldauflage sollten sich aber an der Größe des durch die Auflage zu beseitigenden öffentlichen Interesses, den wirtschaftlichen Möglichkeiten und vor allem der „pädagogischen" Zielrichtung orientieren. Unterstützungen karitativer Einrichtungen erscheinen sinnvoll; die Versenkung von Geldern im Millionengrab der Staatsschulden weist hingegen keinen erzieherischen Wert auf. Dies haben bereits die Autoren des Alternativentwurfs zutreffend herausgearbeitet, der Geldzahlungen nur zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen vorsieht (§ 153a Abs. 2 Nr. 1 AE-EV)[39]. Unsere Staatsanwaltschaften und Gerichte sind keine Außenstellen des Finanzamtes und der Justizkasse!

---

[37] Bei den Erwachsenen steigt die Kriminalität seit längerem nicht mehr und auch bei den jungen Menschen scheint sie neuerdings sogar zu sinken.
[38] Vgl. auch *Dahs* NJW 2006, 1192 der die Staatskasse als „offenbar per se notleidend" bezeichnet.
[39] *Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer* Alternativ-Entwurf, Reform des Ermittlungsverfahrens (2001), 83, 86.

4. Ausgleich für Versagen des Gesetzgebers oder für Scheinlösungen im materiellen Recht

In den letzten Jahren wurde mir verstärkt eine weitere, vierte Funktion des § 153a StPO bewusst. Er dient nicht nur der Entlastung der Justiz, sondern immer mehr auch der des Gesetzgebers. Letzterer versagt bei der Schaffung klarer Gesetze und verlässt sich dann auf den „Ausputzer" in Form der Staatsanwaltschaften und Strafrichter[40].

Vor allem in Fällen, in denen der Gesetzgeber vor seiner eigenen „unbehaglichen [materiell-rechtlichen] Wertentscheidung"[41] zurückschreckt, korrigiert er diese durch den „prozessualen Trick" der Opportunitätseinstellungen. Das Strafrecht wird nicht selten - bevorzugt in Wahlkampfzeiten – öffentlichkeitswirksam dazu genutzt, eine politisch wohlfeile Lösung für ein aktuelles, gesellschaftliches Problem anzubieten. „Das Strafgesetz schafft die Illusion, es sei etwas zur Lösung des Problems getan worden"[42]. Normative Fixierungen und Wertebekenntnisse sollen Ängste und Empörung der Bevölkerung zügig beschwichtigen. Die materiell-rechtliche Kriminalisierungen gehen dann zum Teil mit einer Erweiterung prozessualer Korrekturmöglichkeiten einher[43].

Diese vierte und letzte Funktion der Einstellungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen möchte ich nunmehr anhand von fünf Beispielen erläutern.

a) Züchtigungsrecht

Wurden früher einhellig alle körperlichen Züchtigungen der Eltern gegenüber ihren Kindern als tatbestandsmäßig im Sinne des § 223 StGB eingestuft[44], um sodann über das elterliche Erziehungsrecht als Rechtfertigungsgrund einen Unrechtsausschluss zu erreichen, wird heute das Recht zur körperlichen Züchtigung doppelzüngig gelöst. § 1631 Abs. 2 BGB garantiert Kindern ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind demnach unzulässig. Zumindest im bürgerlichen Recht wollte der Gesetzgeber körperliche Bestrafungen gänzlich ächten. Während eine Mindermeinung[45] § 1631 Abs. 2 BGB keine Bedeutung für das Strafrecht zuerkennt und nach wie vor den Rechtfertigungsgrund der körperlichen Erziehung anwendet, hält die derzeit hM[46] auch unter strafrechtlichen Aspekten jede körperliche Züchtigung für unzulässig. Wie soll man aber die Eltern, die die Kinder moderat und jenseits jeder Prügelpädagogik verantwortungsvoll erziehen wollen, vor zu viel staatlicher Kontrolle schützen? Der herrschenden Ansicht verbleibt nur der

---

[40] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 153 Rn. 5.
[41] *Dencker* JZ 1973, 144, 146.
[42] *Hund* ZRP 1996, 1, 6.
[43] Vgl. *Hassemer* NStZ 1989, 553, 554; *Horstmann* (Fn. 14) 259 ff.
[44] BGHSt 11, 242; 12, 62.
[45] *Kindhäuser* Strafrecht AT (4. Aufl. 2009) § 20 Rn. 18; *Marxen* Kompaktkurs Strafrecht AT (2003), 99; *Lackner/Kühl* StGB (26. Aufl. 2007) § 223 Rn. 11.
[46] *Bohnert* Jura 1999, 533, 534; *Hillenkamp* JuS 2001, 159, 165; *Kargl* NJ 2003, 57, 59; *Noack* JR 2002, 402, 406 ff. (der allerdings deshalb § 1631 Abs. 2 BGB für verfassungswidrig hält); *Otto* Jura 2001, 670 f.; *Riemer* ZJJ 2005, 403; *Roxin* JuS 2004, 177 ff.

Verweis auf die Möglichkeit einer Einstellung des Strafverfahrens aus Opportunitätsgründen bzw. einer Strafmilderung.

Hier wird deutlich: Die linke Hand nimmt im Wege der verstärkten Nutzung des Opportunitätsprinzips das, was die rechte Hand zunächst durch Stigmatisierung jeder körperlichen Züchtigung gegeben hat. Aus meiner Sicht ist das nicht ehrlich. Wer meint, Kinder seien vor ihren Eltern zu schützen, darf nicht gleichzeitig den Staatsanwalt bitten, wegzuschauen, wenn der Mutter im Kinderzimmer ausnahmsweise doch einmal die Nerven durchgehen und sie ihrem Kind eine Backpfeife erteilt.

b) Wirtschaftsstrafverfahren (Fall Mannesmann)

Jeder weiß, dass gerade in Wirtschaftsstrafverfahren heute besondere Unsicherheit herrscht, jedenfalls wenn dem Strafvorwurf die Untreuevorschrift des § 266 StGB zugrunde liegt. Als einschlägiges Beispiel sei auf das von der Öffentlichkeit besonders stark wahrgenommene „Mannesmann-Verfahren" verwiesen, in dem es um die Aufarbeitung von Millionenzahlungen an Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder einer in Auflösung befindlichen Aktiengesellschaft ging. Niemand kann sicher sagen, ob das Verhalten der Angeklagten im Mannesmann-Verfahren strafbar war oder nicht. Während die schlichte Laiensicht für eine Strafbarkeit wegen Untreue spricht, weil es wenig wahrscheinlich erscheint, dass man als Vorstandsmitglied einer AG Millionen dafür bekommen kann, dass man in Zukunft für die AG gerade nicht mehr tätig wird, gerät dieses Ergebnis wiederum ins Wanken, wenn man von der Geschädigtenseite vernimmt, dass das „Opfer", nämlich die Vodafone AG, gegen diese Geldzahlungen nichts einzuwenden hatte, sondern vielmehr das Gesamtgeschäft als gelungenen wirtschaftlichen Coup einstufte. Das Landgericht Düsseldorf[47] hat freigesprochen, und zwar weitgehend mangels Einschlägigkeit des Untreuetatbestandes, im Übrigen wegen Vorliegens eines unvermeidbaren Verbotsirrtums. Der BGH[48] verlangte hingegen eine Verurteilung, wobei er sich wohl vor allem von generalpräventiven Erwägungen leiten ließ. Wer aber diese Revisionsentscheidung unseres obersten Gerichts dahingehend studiert, wann denn nun § 266 StGB eingreift, und vor allem, ob im konkreten Fall ein Tatbestandsirrtum (Rechtsfolge Straflosigkeit) oder ein Verbotsirrtum (Rechtsfolge bei anzunehmender Vermeidbarkeit: Verurteilung) vorlag, der wird außer sibyllinischen Äußerungen wenig finden. Wenn die Rechtslage so undeutlich ist, dass sie niemand mehr versteht, ist es nicht verwunderlich, dass das LG Düsseldorf im

[47] LG Düsseldorf NJW 2004, 3275, 3280 f. mit krit. Anm. *Jakobs* NStZ 2005, 276 ff.; *Tiedemann* ZIP 2004, 2056 ff. und krit. Bespr. *Dierlamm* StraFo 2005, 397 ff.; *Fonk* NZG 2005, 248 ff.; *Kort* NJW 2005, 333 ff.

[48] BGHSt 50, 331 (vollständig abgedruckt in NJW 2006, 522); dazu: *Bauer/Arnold* DB 2006, 546 ff.; *Beulke* FS Eisenberg, 255 ff.; *Fleischer* DB 2006, 542 ff.; *Hanft* Jura 2007, 58 ff; *Hohn* wistra 2006, 161, 163; *Jahn* ZIP 2006, 738 ff.; *Krause* StV 2006, 307 ff.; *Ransiek* NJW 2006, 814 ff.; *Rönnau* NStZ 2006, 218 ff.; *Säcker* JZ 2006, 1151 ff.; *Scheinfeld* FS Herzberg, 843 ff.; *Schünemann* NStZ 2006, 196 ff.; *Vogel/Hocke* JZ 2006, 568 ff.

zweiten Anlauf das Ass des § 153a StPO aus dem Ärmel geschüttelt hat, um eine weitere Schlacht mit Karlsruhe zu vermeiden[49].

Der eigentliche Vorwurf ist dem Gesetzgeber zu machen. Er bescherte uns einen so unklaren § 266 StGB, dass sich beliebige Ergebnisse daraus ableiten lassen[50]. Die aktuelle Diskussion über die Strafbarkeit der Bildung „schwarzer Kassen" mögen als weiteres Beispiel dienen[51].Wer möchte, kann alles unter § 266 StGB subsumieren. Jeder Sparkassendirektor, der die einschlägige Risikorechtsprechung[52] sowie die Kontroverse zwischen den einzelnen Senaten des BGH über den Gefährdungsschaden[53] verfolgt, stöhnt auf, wenn er über die Vergabe von Problemkrediten zu entscheiden hat. Sein Strafbarkeitsrisiko ist unkalkulierbar geworden.

Wer nicht ganze Managergruppen im Gefängnis sehen möchte, andererseits aber doch der zügellosen Raffgier und dem Schlendrian der Entscheidungsträger Einhalt gebieten will, kommt bisweilen an § 153 a StPO nicht vorbei. Viel zu weit geratene Straftatbestände bedürfen der „Notoperation per Verfahren". Die dem Gesetzgeber zukommende Aufgabe der Festlegung, was verboten ist und was nicht, übernehmen die Strafverfolgungsorgane nicht selten auf dem Wege der Verfahrensabsprache bei gleichzeitiger Verfahrenserledigung gem. § 153a StPO.

c) Politische Strafverfahren (Fall Kohl)

Die Unbestimmtheit strafrechtlicher Normen hat aber auch dazu geführt, dass hochpolitische Vorgänge nur noch auf dem Fluchtweg des § 153a StPO bewältigt werden konnten. Ich verweise insoweit auf den Fall Kohl, dem Untreue zum Nachteil der CDU vorgeworfen wurde und der sich einer Verurteilung nur durch Zahlung von 150.000 DM zugunsten der Staatskasse und weiteren 150.000 DM zugunsten einer karitativen Einrichtung infolge einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO entziehen konnte. Im Einstellungsbeschluss führte das LG Bonn[54] aus, dass es seine Zustimmung im Wesentlichen aus zwei Gründen erteilt habe:

---

[49] LG Düsseldorf vom 29.11.2006; dazu krit. *Götz* NJW 2007, 419 ff. sowie *Saliger/Sinner* ZIS 2007, 476 ff.

[50] Vgl. dazu insbesondere die aktuelle Entscheidung des BVerfG zur Frage der hinreichenden Bestimmtheit des § 266 StGB (BVerfG NJW 2010, 3209 m. Anm. *Frisch* EWiR 2010, 657 und Bespr. *Saliger* NJW 2010, 3195).

[51] BGHSt 40, 287, 296; 51, 100, 111 ff. Vgl. *Bernsmann* GA 2009, 296, 302 ff.; *Beulke* FS Eisenberg, 245, 262; MüKo-*Dierlamm* StGB Band 4 (2006) § 266 Rn. 211 ff.; *Jahn* JuS 2009, 173 ff.; *Knauer* NStZ 2009, 151 ff.; *Ransiek* NJW 2007, 1727 ff.; *ders.* NJW 2008, 95 f.; *Saliger* NStZ 2007, 545 ff.; *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57, 70 ff.; *Satzger* NStZ 2009, 297 ff.; *Schlösser* HRRS 2009, 19, 23 f.; *Strelczyk* Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen (2008); *Rönnau* FS Tiedemann 713, 717.

[52] BGHSt 46, 30 mit zust. Anm. *Dierlamm/Links* NStZ 2000, 656 ff.; *Luttermann* ZIP 2000, 1212 ff.; *Marxen/Karitzky* EWiR 2001, 391 ff.; *Otto* JR 2000, 517 ff.; BGHSt 47, 148 mit krit. Anm. *Kühne* StV 2002, 198 ff. und zust. Anm. *Marxen/Müller* EWiR 2002, 307 ff.; krit. zu beiden Entscheidungen: *Knauer* NStZ 2002, 399 ff.; *Schünemann* NStZ 2005, 473 ff.. Vg. auch *Beulke* FS Eisenberg, 245, 253 ff.

[53] Vgl. dazu *Beulke/Witzigmann* JR 2008, 433 ff.; *Fischer* StraFo 2008, 269 ff.; *ders.* NStZ-Sonderheft 2009, 8, 11; *Nack* StraFo 2008, 277 ff.; *Schünemann* NStZ 2008, 430 ff. m.w.N.

[54] LG Bonn NStZ 2001, 375 mit abl. Anm. *Beulke/Fahl* NStZ 2001, 426 ff.; dazu ferner *Saliger* GA 2005, 155 ff.

Zum einen wegen der Unklarheit der Rechtslage[55], zum anderen wegen der Prognose, dass selbst im Falle einer Anklageerhebung und einer möglichen Verurteilung bei Würdigung aller Umstände voraussichtlich nur eine Geldstrafe unterhalb der Zahlungsauflage drohe. Wieder war es also auch die Unbestimmtheit der einschlägigen Strafrechtsnorm, die die Einstellung aus Opportunitätsgründen als unverzichtbares Korrektiv erscheinen ließ.

d) Fahrlässige Tötung

Spürt man der Funktion des § 153a StPO als Ausgleich für ein Versagen des Gesetzgebers bei der Schaffung hinreichend bestimmter Normen weiter nach, wird man auch jenseits des Wirtschaftsstrafrechts fündig. Ich erinnere nur an spektakuläre Fälle der fahrlässigen Tötung im Rahmen von Großunfällen wie dem des Bahnunglücks von Eschede, der Brandkatastrophe auf dem Düsseldorfer Flughafen oder des Münchner U-Bahn-Lochs, als ein ganzer Bus in einen Krater stürzte, der durch den Bau eines neuen U-Bahn-Schachtes entstanden war. Bei solchen Katastrophen ist der Druck der Öffentlichkeit auf Durchführung eines Strafverfahrens so vehement und der durch die Medien vielfach verstärkte Schrei der Opferangehörigen so laut, dass sich die Staatsanwaltschaft einer Strafverfolgung nicht verschließen kann. Sie geht nach der Devise vor: Soll doch das Gericht die Kastanien aus dem Feuer holen. Dabei haben alle Beteiligten eigentlich schnell erkannt, dass nicht menschliches Versagen ursächlich war, sondern das Schicksal zugeschlagen hat. Zugunfälle aufgrund unglücklicher Umstände, zu denen auch Materialschwächen gehören, sind leider unvermeidlich, auch wenn unsere Gesellschaft das offenbar nicht wahrhaben will. In solchen Fällen verhandelt das Gericht ein/zwei Jahre, bis sich die Wogen der Emotion geglättet haben und das Medieninteresse abgeflacht ist; dann wird das Verfahren gegen Zahlung hoher Summen sang- und klanglos gem. § 153a StPO eingestellt. Ich halte dies für eine missbräuchliche Strategie, die auf den Schultern meist recht wahllos herausgegriffener Verantwortlicher ausgeübt wird. Ehrlicherweise sollten die Strafverfolgungsbehörden den attavistischen Rachegelüsten der Allgemeinheit schon im Ansatz nicht nachgeben und – wenn wirklich kein Fehlverhalten ersichtlich ist – den Anfangsverdacht der fahrlässigen Tötung verneinen.

e) Völkerstrafrecht

Auch jenseits der Einstellungsmöglichkeit nach § 153a StPO findet man ähnliche Mechanismen der Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen zwecks Korrektur zu weit geratener Strafrechtsnormen. Besondere Bedeutung kommt insofern der Vorschrift des § 153f StPO zu, die notwendig wurde, um die durch Einführung des Weltrechtsprinzips (§ 1 VStGB) gerade erst erfolgte und politisch gewollte, immense Ausdehnung der Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden in den Griff zu bekommen[56]. Die Gegenmechanismen mussten also gleich mitgeliefert werden, weil angesichts des Unheils, das Willkürregime bedauer-

[55] Dazu *Hamm* NJW 2001,1694 ff.; *Krüger* NJW 2002, 1178 ff.; *Saliger* GA 2005, 155 ff.; *Schwind* NStZ 2001, 349 ff.; *Velten* NJW 2000, 2852 ff.
[56] LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 153f Rn. 3 f.

licherweise vielerorts anrichten, die deutschen Strafverfolgungsbehörden andernfalls hilflos überfordert gewesen wären[57].

Ein bekanntes Anwendungsbeispiel konnte man im Jahre 2005 mitverfolgen: Der Generalbundesanwalt stellte das gegen den ehemaligen US-Außenminister *Donald Rumsfeld* im Zusammenhang mit dem Gefangenenlager Abu Ghraib eingeleitete Strafverfahren auf der Basis des § 153 f StPO ein[58]. Das OLG Stuttgart[59] hat dies zwar gebilligt, die Kritik seitens des rechtswissenschaftlichen Schrifttums ist jedoch bis heute nicht verstummt[60]. Ohne hier erneut entscheiden zu wollen, ob der Generalbundesanwalt von seinem (gebundenen) Ermessen – besser ist es insoweit von einem weiten Beurteilungsspielraum zu sprechen – zutreffend Gebrauch gemacht hat, sei jedenfalls kritisch hinterfragt, ob es Aufgabe des Prozessrechts im Allgemeinen und der Staatsanwaltschaft im Besonderen sein sollte, den völkerrechtlich herausragend wichtigen Grundsätzen der Subsidiarität und der Nichteinmischung Geltung zu verschaffen[61]. So lobenswert die Intention des Gesetzgebers auch sein mag, sämtliche nach dem Völkerstrafgesetzbuch strafbare Verbrechen ohne das Erfordernis eines konkreten, einzelfallbezogenen Inlandsbezuges zu ahnden, so anstößig ist es – wie eben im Abu-Ghraib-Verfahren – den Generalbundesanwalt „die Kohlen aus dem Feuer“ holen zu lassen, um internationale Konflikt zu vermeiden.

Damit möchte ich meinen Beispielsreigen für die „Ausputzerfunktion“ der Einstellungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen zum Ausgleich gesetzgeberischen Versagens beenden. Die Kritik betrifft genau genommen gar nicht die Einstellungsmöglichkeiten an sich, vielmehr geht es um ein Versagen des Gesetzgebers im materiell-rechtlichen Bereich. Korrekturen sind deshalb vor allem hier geboten. Solange dies nicht geschieht, brauchen wir die strafprozessuale „Notbremse“ der Einstellung, damit der Zug nicht gegen die Wand fährt.

IV. Fazit

Selbst die Kritiker der Opportunitätseinstellungen im Strafverfahren erkennen angesichts der Überlastung der Justiz die Notwendigkeit, für den Bereich der kleineren Kriminalität Alternativen zur herkömmlichen strafrechtlichen Sanktionierung vorzusehen[62]. Ich möchte mich dem nachdrücklich anschließen und befürworte auch die Einbeziehung mittlerer Kriminalität in den Anwendungsbereich der Einstellungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen. Bei der Abwägung zwischen

[57] BT-Drucks. 14/8524, 37.
[58] GBA JZ 2005, 311.
[59] OLG Stuttgart NStZ 2006, 117 ff.
[60] *Ambos* NStZ 2006, 434 ff.; *Basak* Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts: Die Definition einer Verfahrensnorm durch politische Rücksichten – Zum Beschluss des OLG Stuttgart im Verfahren gegen Donald Rumsfeld u.a. (2007), 506; *Fischer-Lescano* KJ 2005, 84 ff.; *Kurth* ZIS 2006, 81 ff.; vgl. auch *Keller* GA 2006, 34 ff.
[61] Vgl. dazu LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 153f Rn. 5, 31.
[62] Vgl. dazu LR-*Beulke* StPO (Fn. 1) § 153a Rn. 13.

dem Schuldgrundsatz einerseits und dem ultima-ratio-Prinzip sowie dem Übermaßverbot andererseits bin ich über jede entkriminalisierende Tendenz froh, zumal die Einstellung auch im Ermittlungsverfahren bei höheren Schadenssummen im Regelfall der richterlichen Zustimmung bedarf.

Zwar sind einzelne Tendenzen der Einstellungspraxis kritikwürdig, insbesondere wenn es um den Missbrauch der Einstellungsmöglichkeiten zur Verhinderung eigentlich unumgänglicher Freisprüche oder um die Verhängung hoher Geldauflagen zur Bewältigung fiskalischer Nöte geht. Gleichwohl ist das hier behandelte Einstellungsinstrumentarium insgesamt unverzichtbar. Es ist zur Normstabilisierung ausreichend, verschafft Rechtsfrieden und nutzt das Resozialisierungspotential effizient aus. Dies gilt namentlich vor dem Hintergrund eines Gesetzgebers, der allzu oft nicht in der Lage ist, der ihm zukommenden Aufgabe, hinreichend bestimmte Strafnormen zu schaffen, gerecht zu werden.

Die Zeiten des reinen Legalitätsprinzips sind demnach endgültig vorbei und niemand sollte sich nach ihnen zurücksehnen. Angesichts des allgemeinen Rufs nach mehr Härte, nach mehr Gefängnis, nach mehr Verwahrung (angeblich) gefährlicher Mitbürger bin ich froh, dass wir das Opportunitätsprinzip haben und es auch relativ extensiv nutzen. Zwar erscheint mir das Bild eines „Siegeszuges der Vernunft“ in diesem Zusammenhang etwas problematisch; doch einen „Siegeszug der Willkür“ vermag ich ebenfalls nicht zu erkennen. Bei Abwägung von Pro und Contra fällt mein Fazit unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es den Königsweg allseits gerechter Diversion nicht geben kann, zwar verhalten, aber insgesamt dennoch positiv aus.

Eine Gesetzesschelte will mir auch deshalb nicht so recht über die Lippen kommen, weil ich in meiner Eigenschaft als Strafverteidiger mit dem elementaren Wunsch nahezu jedes Mandanten konfrontiert werde, möglichst eine Einstellung zu erkämpfen. Ich kann nicht etwas brandmarken, was ich in der täglichen Praxis mit aller mir zur Verfügung stehender Kraft anstrebe und für das ich im Regelfall höchstes Lob meiner Klienten erfahre.

Die einschlägige Bewertung von *Dahs*[63] zu den §§ 153 ff. StPO mache auch ich mir zu Eigen: „Wem das Wasser bis zum Halse steht, der besteigt jede Leiter, auch wenn sie nicht exakt den Unfallverhütungsvorschriften entspricht.“

[63] *Dahs* NJW 1996, 1192, 1193.

Urteilsabsprachen im englischen, französischen und polnischen Strafverfahren und die deutsche Lösung im Vergleich

Jörg-Martin Jehle und Julia Peters

A. Fragestellung

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinen beiden Grundsatzentscheidungen[1] sehr bemüht, Grundsätze aufzustellen, unter welchen Bedingungen Absprachen in der Hauptverhandlung zulässig seien; zugleich hat er an den Gesetzgeber appelliert, diesen Bereich gesetzlich zu regeln. Im Gefolge dessen sind Gesetzentwürfe des Bundesrats[2] und der Bundesregierung[3] entstanden. Die Bundesrechtsanwaltskammer, die dem Gesetzgeber bereits Ende 2005 einen Gesetzentwurf zugeleitet hatte, begrüßte den im Kabinett verabschiedeten Entwurf der Bundesregierung zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren.[4] Auch ein Eckpunktepapier der Generalstaatsanwälte[5] wurde bereits 2005 vorgelegt. Sieht man sich die Begründungen näher an, fällt auf, dass kaum Bezug auf die in europäischen Nachbarländern existierenden Modelle genommen wird; auch im Gesetzgebungsverfahren, das schließlich zum „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“[6] führte, finden sich solche Bezugnahmen kaum. Dies ist umso erstaunlicher, als nicht nur in England mit seinem andersgearteten Strafverfahren, sondern auch in Frankreich und Polen praktische Erfahrungen mit verschiedenartigen Regelungen gesammelt wurden, auf die der deutsche Gesetzgeber hätte rekurrieren können. Dass ein solcher Blick über die Grenzen fruchtbringend sein kann, mögen die folgenden Ausführungen zu den Urteilsabsprachen im englischen (C.) französischen (D.) und polnischen (E.) Strafverfahren zeigen. Am Ende werden in einem synoptischen Vergleich die entsprechenden ausländischen Regelungen der deutschen Gesetzeslage gegenüber gestellt (F.). Basis der Ausführungen ist ein europäisch-vergleichendes Forschungsprojekt[7], das sich umfassend mit Verfahrensvereinfachungen und -verkürzungen und in einem Teilabschnitt auch mit Urteilsabsprachen beschäftigt hat (B.).

---

[1] BGHSt 43, 195ff. u. 50, 40ff..

[2] Gesetzentwurf des Bundesrates zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren, BT-Drs. 16/4197.

[3] Entwurf eines „Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“, vgl. BT-Drs. 16/12310.

[4] Bundesrechtsanwaltskammer, Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Strafverfahren auszugsweise in ZRP 2005, 235ff., vollst. unter www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/Stn25_05.pdf; zuletzt gesehen: 20.10. 2010

[5] „Eckpunkte“ der Generalstaatsanwälte vom 24.11.2005, abgedruckt in NJW-Sonderdruck, Der Deal im Strafverfahren, 2006, S. 9ff..

[6] Das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 29.07.2009 wurde am 03.08.2009 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I S. 2353) verkündet und trat am 04.08.2009 in Kraft.

[7] S. *Jehle/Wade (Hrsg.)*, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006; *Jehle/Wade (Ed.)*, European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 14 Nos. 2-3, 2008.

B. Urteilsabsprachen im Kontext von Verfahrensvereinfachungen und -verkürzungen

In allen europäischen Ländern haben sich in den letzten Jahrzehnten Verfahrensweisen entwickelt, die die gestiegene Belastung der Strafjustiz mit Hilfe von Verfahrensvereinfachungen und -verkürzungen im Sinne der Prozessökonomie lösen. Die genaue Analyse dieser Mechanismen war Gegenstand eines europäisch-vergleichenden Forschungsprojekts[8], das die Länder England & Wales, Frankreich, Deutschland, Niederlande, Polen und Schweden und in einer zweiten Welle Kroatien, Ungarn, Spanien, die Schweiz und die Türkei umfasst hat. Der methodische Ausgangspunkt war: Die verschiedenen Ebenen des Strafverfahrens und die beteiligten Institutionen müssen als ein zusammenhängendes System betrachtet werden, in dem von Stufe zu Stufe eine Selektion von Fällen stattfindet, so dass am Ende nur noch eine ausgelesene Zahl von Verfahren mit einer Hauptverhandlung und einem Urteil endet.

In einem solchen Gesamtsystem können verschiedene Optionen der Entkriminalisierung und Entpönalisierung und die damit verbundenen verfahrensbeendenden Entscheidungen auf polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Ebene analysiert werden.[9] Wenn ein beträchtlicher Anteil von Fällen bereits von der Polizei abgeschlossen oder gänzlich außerhalb des Kriminaljustizsystems behandelt wird, ist der Input auf staatsanwaltschaftlicher Ebene geringer und die Staatsanwaltschaft kann sich auf schwerere Kriminaldelikte konzentrieren und benötigt weniger Opportunitätsentscheidungen. Wenn andererseits – wie in Deutschland – die Polizei alle Delikte an die Staatsanwaltschaft weiterleitet, muss das Kriminaljustizsystem auf der staatsanwaltschaftlichen Ebene „Ventile“ entwickeln, um zu verhindern, dass die Gerichte durch eine Vielzahl durchzuführender Hauptverfahren überlastet werden. Darüber hinaus werden aus Gründen der Prozessökonomie auch auf gerichtlicher Ebene Verfahrensweisen geschaffen, die der Vermeidung einer vollen Hauptverhandlung dienen; hier ist insbesondere das Strafbefehlsverfahren zu erwähnen. In diesen Kontext sind schließlich die Urteilsabsprachen einzuordnen, die das Ziel haben, ohne aufwendige Beweisaufnahme zu einem raschen Verfahrensabschluss zu kommen und so die knappen Ressourcen der Justiz zu schonen.

Diese Verfahren basieren auf einer Art von Verständigung zwischen den Prozessbeteiligten, enden aber – im Unterschied zur Verfahrenseinstellung gegen Auflagen – mit einer echten Verurteilung des Angeklagten und ihre rechtliche Konsequenz ist eine wirkliche, aber gemilderte Strafe. Solche Verfahren finden sich in sechs der untersuchten elf Länder, nämlich in Kroatien, Ungarn und Spanien sowie

[8] S. näher Jehle/Wade/Elsner, Prosecution and Diversion within Criminal Justice Systems in Europe. Aims and Designs of a Comparative Study; in *Jehle/Wade (Ed.)*, European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 14 Nos. 2-3, 2008, S. 93ff..

[9] S. *Jehle*, Die wachsende Bedeutung außergerichtlicher Erledigung von Strafverfahren im europäischen Vergleich, in: *Jehle/Lipp/Yamanaka (Hrsg.)*, Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Göttingen 2008, S. 207ff..

in England & Wales, Frankreich und Polen. Für die letzteren drei Länder wurden vertiefte Studien angestellt, deren hauptsächliche Ergebnisse im Folgenden dargestellt werden.[10]

C. Das Guilty-Plea-Verfahren im englischen Recht[11]

I. Besonderheiten des englischen Strafverfahrens

In England & Wales existiert erst seit 1986[12] eine *Staatsanwaltschaft* in dem uns bekannten Sinne, der sog. Crown Prosecution Service (CPS). Davor war allein die Polizei für die Verfolgung von Straftaten – Ermittlung und Anklage – zuständig.

Grund für die Einführung war das Bedürfnis nach einer von der Polizei unabhängigen, nationalen Behörde, um ein größeres Maß an Konsistenz im Rahmen der Strafverfolgung zu erzielen.[13] Es wurde argumentiert, dass die Polizei durch die eigene Ermittlungsführung ein zu großes Interesse an einem erfolgreichen Verfahrensabschluss haben könnte, so dass ein unzulässiges Unterdrucksetzen des Verdächtigen zu befürchten sei.[14] Historisch ist der CPS nicht mit kontinentaleuropäischen Staatsanwaltschaften vergleichbar; vor allem Kompetenz und Beziehung des CPS zu anderen Kriminalbehörden, insbesondere zur Polizei, sind nach wie vor in einer Entwicklungsphase.[15]

Daneben existieren weitere Strafverfolgungsbehörden, die sich jeweils mit einem speziellen Bereich der Kriminalität befassen, z.B. Customs and Excise.[16] Trotz der Vielzahl unterschiedlicher Behörden ist der CPS für die große Mehrheit der Verfahren zuständig (in 75 % vor dem Magistrates' Court und in 95 % vor dem Crown Court). Die einzelnen Zuständigkeitsbereiche sind gesetzlich festgeschrieben.[17]

Die verschiedenen Strafverfolgungsorgane unterstehen unterschiedlichen Einrichtungen. So ist die Polizei gegenüber dem Home Office (Britisches Innenministerium) verantwortlich, der CPS hingegen untersteht – als dessen alleiniger Aufga-

---

[10] *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota,* European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145ff.; sowie detailliert *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England und Wales, Frankreich und Polen, Göttingen 2011.

[11] ausführl. *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England und Wales, Frankreich und Polen, Göttingen 2011, 3. Teil: C..

[12] Gegründet durch den Prosecution of Offences Act 1985.

[13] *Chapman/Niven*, A Guide to the Criminal Justice System in England & Wales, Kap. 3, 3.2.1., www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/cjs2000.pdf; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

[14] *Joyce*, Crime and the Criminal Justice System, Liverpool 2001, S. 154.

[15] *Lewis* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 151.

[16] *Chapman/Niven*, A Guide to the Criminal Justice System in England & Wales, Kap. 3, 4.2. (s. Fn. 11).

[17] Criminal Justice Act 2003, vgl. www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

be - dem Attorney General's Office (Generalstaatsanwaltschaft). Das Attorney General's Office ist nicht Teil des neu geschaffenen Justizministeriums, sondern wird vom regierungsabhängigen Attorney General als Minister of Charge geleitet. Das Justizministerium hat die Aufgaben des früheren Department of Constitutional Affairs (Ministerium für Verfassungsangelegenheiten) sowie einige Aufgaben des Home Office übernommen.

Grundsätzlich gilt in England & Wales das *Opportunitätsprinzip*[18] und nicht – wie in Deutschland – das Legalitätsprinzip: "It has never been the rule in this country – I hope it never will be – that suspected criminal offences must automatically be the subject of prosecution".[19] Die englischen Behörden sind folglich nicht verpflichtet, jede Straftat zu verfolgen; vielmehr steht ihnen bei der Beantwortung dieser Frage ein weitreichender Ermessensspielraum zu.

Ermittlungsbehörde ist in England & Wales die dem Home Office unterstehende *Polizei*. Bei ihr handelt es sich um eine von der Anklagevertretung, dem CPS, unabhängige Behörde. Sie hat demnach selbst die originäre Aufgabe, ein Strafverfahren einzuleiten und die Ermittlungen durchzuführen.[20] Hierbei ist sie verpflichtet, belastendes wie entlastendes Beweismaterial zu sammeln.[21]

Auch die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens obliegt der Polizei. So kann sie eine *endgültige Einstellung* verfügen, wenn der Tatverdacht unzureichend ist oder eine informelle Verwarnung für ausreichend gehalten wird.[22] Bei zahlreichen Verkehrsdelikten ist die Polizei herkömmlicher Weise befugt, eine festgelegte Geldzahlung einzufordern (sog. Fixed Penalties).[23] Seit jüngerer Zeit besteht eine vergleichbare Alternative auch für andersartige Verstöße bis hin zur Sachbeschädigung, soweit der Schaden unter £ 500 liegt, und Diebstahl, soweit der Wert der entwendeten Sache weniger als £ 200 beträgt; diese darf die Polizei nun mit einer Art Ordnungsgeld in Höhe von £ 80 ahnden (sog. Penalty Notices for Disorder).[24] Des Weiteren besteht unter bestimmten Umständen die Möglichkeit zum sog. *Cautioning*, dem Ausspruch einer formellen Verwarnung. Sprechen die Ermittlungsergebnisse hingegen für eine Anklage, kann die Polizei diese nicht (mehr) selbst erheben, sondern muss das Verfahren an den CPS abgeben.

---

[18] *Lewis*, Questionnaire [2005] - England & Wales, Part XIII, www.kriminologie.uni-goettingen.de/pps; zuletzt gesehen: 20.10.2010; *Bömeke*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, Frankfurt/Main u.a., 2001, S. 10.

[19] Eine Äußerung von Lord Shawcross (Attorney General) aus dem Jahre 1951, die Eingang in die für den CPS wichtigste nationale Richtlinie gefunden hat: s. Code for Crown Prosecutors, Paragraph 5.6., www.cps.gov.uk/publications/docs/code2004english.pdf; zuletzt gesehen: 20.11.2009.

[20] *Elsner/Lewis/Zila*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 203 (205, Table 1).

[21] *Kühne*, Strafprozessrecht, Heidelberg u.a. 2010, Rn. 1171.

[22] *Chapman/Niven*, A Guide to the Criminal Justice System in England & Wales, 4.1. (s. Fn. 11).

[23] Criminal Justice and Police Act 2001, vgl. www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/16/contents; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

[24] *Lewis* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 151 (168). Für weniger schwer wiegende Verstöße beläuft sich die Summe auf lediglich £ 50.

Der *CPS* ist jedoch nicht (mehr[25]) verpflichtet, tatsächlich *Anklage* zu erheben. Vielmehr ist er bei dieser Entscheidung an den Code for Crown Prosecutors gebunden, der insbesondere die Durchführung eines sog. Full Code Test vorsieht.[26] Hierbei handelt es sich um eine zweistufige Kontrolle, die als erstes die Beweisebene (Evidential Stage) und als zweites die Ebene des öffentlichen Interesses (Public Interest Stage) betrifft.

Abhängig von dem Ergebnis des Full Code Test hat der CPS drei Möglichkeiten, ein Verfahren zu beenden: (1) Einstellung mangels Beweisen, (2) Einstellung mangels öffentlichen Interesses oder (3) Erhebung der Anklage. Anders als der Ermittlungsbehörde (Polizei) stehen der englischen CPS (Anklagebehörde) keine eigenen Sanktionskompetenzen zu. Da der CPS weder direkt Einfluss auf die polizeilichen Ermittlungen nehmen kann, noch eigene Ermittlungen anstrengen darf, lässt sich sogar eine gewisse Abhängigkeit von der Polizei konstatieren.[27] Indessen ist – sicherlich bedingt durch die nun dem CPS zustehende Entscheidungsbefugnis über die Anklage – eine immer enger werdende Zusammenarbeit zwischen den beiden Behörden festzustellen. So werden in größeren Polizeidirektionen Mitarbeiter des CPS eingesetzt, andernorts wurde ein Telefondienst eingerichtet, um den CPS in die Ermittlungsarbeit zu involvieren.[28]

Im Gegensatz zum deutschen ist das englische *Strafverfahren* nicht inquisitorisch, sondern *adversatorisch* geprägt. Die Prozessbeteiligten – Anklage und Verteidigung – stehen sich als Parteien gegenüber, die vor dem unparteiischen (Schieds-)Richter einen „Disput“ austragen. Ihnen selbst steht die Verfahrensleitung zu; d.h., sie haben die Aufgabe, die für die Entscheidung ihres Falles günstigen Umstände vorzubringen.[29] In diesem Rahmen werden zunächst die Zeugen des CPS und dann die des Angeklagten bzw. seines Verteidigers gehört. Nachdem die Zeugen von der Partei, die sie benannt hat, befragt wurden, werden sie einem Kreuzverhör ausgesetzt.[30]

Mit dieser Parteistellung geht außerdem einher, dass der CPS nicht zur Objektivität verpflichtet ist.[31] Auch die Rolle des Richters unterscheidet sich maßgeblich: Während der deutsche Richter der Erforschung der materiellen Wahrheit verpflichtet ist, hat der englische Richter eine lediglich passive Funktion inne, die ihm aufträgt, auf die Einhaltung der Verfahrensregeln zu achten und den Rechtsstreit

---

[25] Bis 2005 war der CPS verpflichtet, das Verfahren so fortzuführen, wie es die Polizei anordnete.

[26] S. Paragraphen 3.2. i.V.m. 5 des Code for Crown Prosecutors.

[27] ebenso *Schulte-Nover*, Strafrichter in Deutschland und England, Frankfurt/Main u.a. 2003, S. 211.

[28] *Elsner/Lewis/Zila*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 203 (207).

[29] Vgl. *Bömeke*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, Frankfurt/Main u.a., 2001, S. 9; *Schulte-Nover*, Strafrichter in Deutschland und England, Frankfurt/Main u.a. 2003, S. 193.

[30] *Kühne*, Strafprozessrecht, Heidelberg u.a. 2010, Rn. 1188.

[31] *Lewis*, Questionnaire [2005] - England & Wales, Part IX, Question IX.1 (s. Fn. 16). Dabei ist aus deutscher Sicht zu berücksichtigen, dass dies nicht auf die von der Anklagebehörde unabhängige Ermittlungsbehörde zutrifft. Die Polizei hat sowohl nach entlastenden wie belastenden Beweisen zu suchen, s. *Schulte-Nover*, Strafrichter in Deutschland und England, Frankfurt/Main u.a. 2003, S. 208.

anhand dessen, was von den Parteien vorgebracht wurde, zu entscheiden. In dieser Entscheidung, durch die der Konflikt mithin auf Grundlage der formellen Wahrheit gelöst wird, ist das vorrangige Ziel des englischen Strafverfahrens zu erblicken.[32]

Tragende Prinzipien sind indes wie im deutschen Strafrecht die Unschuldsvermutung, der Unmittelbarkeits-, Mündlichkeits- und Öffentlichkeitsgrundsatz sowie der Richtervorbehalt.[33]

II. Das Guilty-Plea-Verfahren vor dem Magistrates' Court und dem Crown Court

1. Zuständigkeit und Verfahrensablauf

In die *Zuständigkeit des Magistrates' Court* fallen sämtliche Verfahren, die ein sog. Summary Offence zum Gegenstand haben; das sind überwiegend Verkehrsverstöße, aber auch einfache Diebstähle und Sachbeschädigung. Selbst wenn das dem Verfahren zugrunde liegende Delikt einer der beiden anderen Deliktskategorien - Indictable Offences oder Triable Either Way Offences - zuzuordnen ist, kommt es anfangs vor den Magistrates' Court.[34] Ein Verfahren, dem ein Indictable Offence zugrunde liegt (das sind Tötungsdelikte, Raubdelikte und schwere Gewalt- und Sexualdelikte), gehört zwingend in die Zuständigkeit des Crown Court; der Magistrates' Court hat die Sache folglich zu verweisen. Handelt es sich hingegen um ein Triable Either Way Offence (das sind Delikte, die zwischen den beiden anderen *Deliktskategorien* liegen, also v.a. Eigentums- und Vermögensdelikte), kommt sowohl die Zuständigkeit des Magistrates' Court als auch des Crown Court in Betracht. Für die Entscheidung des Magistrates' Court spielt dessen begrenzte Strafgewalt eine Rolle, die nur für Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten[35] und Geldstrafen bis £ 5000 reicht.[36] Erscheint also die Verhängung einer über diesen Grenzen liegenden Strafe erforderlich, hat der Magistrates' Court die Sache an den *Crown Court* abzugeben. Er kann aber auch das „Votum" (Plea) des Angeklagten hören und im Falle eines *Guilty Plea*, d.h. eines Schuldbekenntnisses[37], den Angeklagten verurteilen und eine Strafe im Bereich seiner Strafgewalt verhängen. Nur wenn eine Strafe außerhalb seiner Befugnis angemessen erscheint, sich also auf mehr als sechs

---

[32] So zum anglo-amerikanischen Rechtssystem: *Moldenhauer*, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof?, Frankfurt/Main u.a. 2004, S. 99.

[33] *Lewis*, Questionnaire [2005] - England & Wales, Part XIII (s. Fn. 16); *Schulte-Nover*, Strafrichter in Deutschland und England, Frankfurt/Main u.a. 2003, S. 194ff..

[34] *Sanders/Young*, Criminal Justice, 3. Aufl., London/ Edinburgh/Dublin 2007, S. 443.

[35] Eine Freiheitsstrafe bis zu 12 Monate darf der Magistrates' Court nur verhängen, wenn zwei oder mehrere Triable Either Way Offences abgeurteilt werden.

[36] *Chapman/Niven*, A Guide to the Criminal Justice System in England & Wales, 3.4.2. (s. Fn. 11).

[37] *Dietl/Lorenz*, Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik 6. Aufl., München 2000, Eintrag unter „guilty, plea of".

Monate Freiheitsstrafe oder £ 5000 Geldstrafe beläuft, ist der Fall zur Strafmaßverhängung an den Crown Court abzugeben.

Eine *Entscheidung vor dem Magistrates' Court* ergeht in einem sog. Summary Trial und wird entweder von einem einzelnen Berufsrichter oder von mehreren Laienrichtern getroffen.[38] Zunächst wird die Anklage verlesen, sodann der Angeklagte nach seinem Plea gefragt, also danach, ob er sich schuldig bekennt (plea guilty) oder nicht (plea not guilty).[39] Im ersten Fall steht der Schuldspruch fest und es wird nur noch über die Strafzumessung entschieden (unstreitiges Verfahren). Im zweiten Fall kommt es zur Beweisaufnahme über die Schuld und der nachfolgenden Frage, ob der Angeklagte zu verurteilen oder freizusprechen ist (streitiges Verfahren).

Auf dieser Ebene handelt es sich vielfach um Kleinstdelinquenz. So hat sich eine vereinfachte Form der Verfahrenserledigung herausgebildet, über die keine Richtlinien existieren; es handelt sich mithin um eine informelle Art der Verfahrensbewältigung.[40] Einfache und eindeutige Fälle (insbesondere leichte Verkehrsdelikte[41]) werden gebündelt und in einer speziellen Sitzung gemeinsam erledigt (sog. Bulk Proceedings). Zumeist beschäftigt sich das Gericht gleich ganze Vormittage mit Hunderten dieser Verfahren, für die lediglich eine Geldstrafe oder ein Fahrverbot verhängt werden darf. Für gewöhnlich ist kein Vertreter des CPS anwesend, stattdessen wird die Anklage von einer Person vertreten, die selbst kein Jurist zu sein braucht (sog. Caseworker).

Der Magistrates' Court leitet die Sache in Fällen von Indictable Offences zwingend und in Fällen von Triable Either Way Offences fakultativ an den Crown Court weiter. Anders als der Magistrates' Court ist der Crown Court stets mit einem Berufsrichter[42] besetzt, der dazu berufen ist, über das Strafmaß zu entscheiden und zwar unmittelbar, wenn der Angeklagte ein Guilty Plea abgibt. Plädiert der Angeklagte hingegen auf nicht schuldig, ist zuvor die Schuldfrage zu klären. Hierüber urteilt jedoch nicht der Richter, sondern eine mit zwölf Geschworenen besetzte Jury. Diese werden nach dem Zufallsprinzip aus einer Liste aller 18 bis 70-jährigen wahlberechtigten – weder für untauglich befundenen noch ausgeschlossenen – Personen bestimmt. Die Jury hat ihr Urteil nach Anhörung der Beweise zu

[38] Vgl. *Schulte-Nover*, Strafrichter in Deutschland und England, Frankfurt/Main u.a. 2003, S. 199.

[39] *Chapman/Niven*, A Guide to the Criminal Justice System in England & Wales, 4.7. (s. Fn. 11).

[40] S. auch zu den weiteren Ausführungen *Lewis* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006 S. 151 (164); *ders.*, Questionnaire [2005] - England & Wales, Part VIII, Question VIII.5.a. (s. Fn. 16).

[41] *Lewis* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 151 (164) vermutet, dass im Jahr 2002 ca. 2/3 der insgesamt 862.000 wegen eines solchen Delikts vor dem Magistrates' Court verfolgter Täter auf diese Weise abgeurteilt wurden.

[42] *Schulte-Nover*, Strafrichter in Deutschland und England, Frankfurt/Main u.a. 2003, S. 200f.: Grundsätzlich als Einzelrichter. Soweit „Erweiterungen" gesetzlich vorgesehen sind, sind diese in der Praxis inzwischen jedoch unüblich.

treffen, wobei es nicht einstimmig auszufallen braucht, jedoch muss mindestens eine Mehrheit von zehn zu zwei Stimmen erzielt werden.[43]

2. Voraussetzungen und Wirkung des Guilty-Plea nach Anklageerhebung

Dass ein Angeklagter die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verlangen kann, ergibt sich aus Art. 6 EMRK, der mit dem Human Rights Act 1998 in das nationale englische Recht inkorporiert wurde.[44] Es muss aber nicht über jede Tat, die die Anklagebehörde vor Gericht bringt, in einer streitigen Verhandlung entschieden werden. Vielmehr kann der Angeklagte, wie dargelegt, auch ein Guilty Plea abgeben, d.h. eine Erklärung, mit der er die Anklagevorwürfe akzeptiert. In der adversatorischen Ausgestaltung des englischen Strafverfahrens liegt begründet, dass in einem solchen Fall die Entscheidung über die Schuld ohne weitere Beweisaufnahme feststeht und es auch keiner Überprüfung des Wahrheitsgehalts der Erklärung selbst bedarf. Der vorgetragene Rechtsstreit zwischen Anklagebehörde und Angeklagtem ist entschieden; die formelle Wahrheit wurde herausgefunden.

Entscheidend ist zunächst, dass einem Guilty Plea unmittelbar *verfahrenserledigende Wirkung* zukommt. Anders als das Geständnis im deutschen Strafprozess stellt es also kein auf seinen Wahrheitsgehalt hin zu überprüfendes Beweismittel dar. Voraussetzung ist lediglich, dass die Erklärung selbst eindeutig (unequivocal) ist.[45] Auf diese Weise erkennt der Täter seine Schuld an, jedoch nicht unbedingt zugleich die strafzumessungsrelevanten Tatsachen in der Form, wie sie der CPS vorträgt.

Im Laufe der Zeit hat sich herauskristallisiert, dass die englischen Gerichte im Gegenzug für das Guilty Plea einen *Strafnachlass* gewähren, der zwischen einem Viertel und einem Drittel der ursprünglichen Strafe liegt.[46] Durch den Criminal Justice and Public Order Act 1994 ist nach wie vor jedoch nur gesetzlich festgeschrieben, dass ein Guilty Plea zu einer geringeren Strafe führen darf. Für eine konkrete Höhe des Nachlasses hat sich der Gesetzgeber hingegen nicht entschieden, allerdings sind der Zeitpunkt und die Begleitumstände der Erklärung bei der Bemessung zu berücksichtigen. Außerdem ist in öffentlicher Verhandlung bekannt zu geben, dass von diesem Recht Gebrauch gemacht wurde, d.h., dass ein Strafnachlass gewährt wurde. Dass die Praxis weiterhin bei der Entscheidung über die konkrete Höhe der auszusprechenden Milderung auf sich gestellt ist, hat grundlegende Kritik erfahren.[47]

---

[43] *Chapman/Niven*, A Guide to the Criminal Justice System in England & Wales, 4.8. (s. Fn. 11).
[44] *Vogler*, ZStW 2004, 129 (132); vgl. hierzu auch *Ashworth/Redmayne*, The Criminal Process, 3. Aufl., Oxford/New York 2005, S. 28ff.
[45] *Vogler*, ZStW 2004, 129 (133).
[46] Vgl. *Weigend, Th.*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, Freiburg im Breisgau 1990, S. 88f. m.w.N.; ebenso *Kremer*, Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozeß, Bonn 1994, S. 260. Auf ein Drittel legte sich auch der Court of Appeal in der Entscheidung R v. *Buffrey* [1993] 14 Cr.App.R(S) 511 fest.
[47] So *Vogler*, ZStW 2004, 129 (135 m.w.N. in Fn. 35).

Ob aber stets ein Strafnachlass gewährt werden muss, ist dem Criminal Justice and Public Order Act 1994 nicht zu entnehmen; auch wenn der Wortlaut einen Strafrabatt für taktische Guilty Pleas nicht ausschließt, schreibt er die Bewilligung eines solchen im Umkehrschluss nicht zwingend vor.[48] Folglich darf jedes Guilty Plea mildernd berücksichtigt werden,[49] eine Verpflichtung hierzu besteht aber nicht.[50]

Einfluss auf das Ausmaß des Strafrabatts hat auch das *Plea before Venue*. In den vollen Genuss kommt nur der Angeklagte, der sein Guilty Plea bereits bei erster Gelegenheit, also vor dem Magistrates' Court, abgibt. Demjenigen, der sich erst, nachdem das Verfahren an den Crown Court abgegeben wurde, schuldig bekennt, kommt hingegen lediglich ein geringerer Nachlass zugute.[51]

Der Strafrabatt ist für *alle Sanktionsarten* gleichermaßen zu gewähren. In Grenzfällen, in denen gerade die Art der Sanktion in Frage steht, also ob eine freiheitsentziehende Strafe zu verhängen ist oder nicht, kann die Abgabe eines Guilty Plea den entscheidenden Ausschlag für die nicht-freiheitsentziehende Sanktion geben.[52] Da das Gesetz keine Aussage über die *konkrete Höhe des Strafnachlasses* trifft, überrascht es nicht, dass der Angeklagte hierüber Klarheit haben möchte, bevor er sich für bzw. gegen die Abgabe eines Guilty Plea entscheidet.

Während früher nach den sog. Turner-Rules der Richter, um den Angeklagten keinem unzulässigen Druck auszusetzen, niemals eine bestimmte Strafhöhe angeben sollte, ist es nunmehr nach der Entscheidung Goodyear[53] erlaubt, dass das Gericht auf Anfrage des Angeklagten eine auf den derzeitigen Verfahrensstand bezogene *maximale Strafe* nennt, die es für den Fall der Abgabe eines Guilty Plea aussprechen würde. Der Antrag ist während der gesamten Verhandlung zulässig, jedoch ist der höchste Strafnachlass zum Zeitpunkt des sog. Plea and Case Management Hearing zu erzielen, also dann, wenn über die Gerichtszuständigkeit entschieden wird und damit bei erster Gelegenheit des Angeklagten, sich zu erklären. Dies hat grundsätzlich unter Zulassung der Öffentlichkeit zu erfolgen. Gibt der Richter eine Höchststrafe bekannt, ist er sowie jeder zukünftig zuständige Richter daran gebunden. Legt der Angeklagte daraufhin kein Guilty Plea ab, entfällt die Bindungswirkung. Damit ist das frühere Verbot von Gesprächen über das Strafmaß aufgehoben, jedoch wird weiterhin betont, dass ein *echtes Aushandeln der Strafe* (sog. Sentence Bargaining) nach wie vor *unzulässig* ist. Der Richter darf nicht in die Verhandlungen über das Akzeptieren bzw. Abgeben eines Guilty Plea zu bestimmten Anklagepunkten einbezogen werden. Keinesfalls darf er für Pleas zu unterschiedlichen Anklagepunkten alternative Strafobergrenzen bekannt geben.

---

[48] *Sanders/Young*, Criminal Justice, 3. Aufl., London/ Edinburgh/Dublin 2007, S. 385.
[49] S. hierzu [1996] Crim LR 212.
[50] Dies bestätigte der Court of Appeal nach Erlass des Criminal Justice and Public Order Act 1994 in *Hastings* [1995] Crim LR 661.
[51] *Rafferty* [1998] Crim LR 433.
[52] *Howells* [1998] Crim LR 836.
[53] *Goodyear* [2005] EWCA Crim 888.

Hat der Angeklagte ein Guilty Plea abgegeben und fand das Ausgangsverfahren vor dem Magistrates' Court statt, besteht nur die Möglichkeit, das Strafmaß mit Rechtsmitteln anzugreifen. Eine Überprüfung des Schuldspruchs scheidet hingegen aus.[54] Etwas anderes gilt allerdings für erstinstanzliche Urteile des Crown Court. Die Einlegung von Rechtsmitteln wird hier vom Gesetz auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Entscheidung ein Guilty Plea vorausgegangen ist. Greift der Angeklagte den Schuldspruch an, obliegt es ihm jedoch, darzulegen, dass dieser „unsicher" (unsafe) ist.[55]

III. Das Guilty Plea vor Anklageerhebung

Wird eine Guilty-Plea-Erklärung im Vorfeld der Anklageerhebung abgegeben, d.h. gegenüber dem CPS, kann dies unterschiedliche Auswirkungen haben. Werden dem Angeklagten mehrere Taten zur Last gelegt, kann er ein Guilty Plea zu einem oder mehreren Vorwürfen abgeben, um so zu erwirken, dass die übrigen fallengelassen werden. Existiert nur ein Anklagepunkt, ist es stattdessen denkbar, dass der Betroffene ein Guilty Plea zu einem weniger schwerwiegenden Straftatbestand abgibt und der CPS im Gegenzug dafür von einer Anklage wegen des vermutlich ebenfalls verwirklichten, schwereren Straftatbestands absieht; so z.B. indem der Anklagevorwurf von Mord auf Totschlag, von gefährlicher auf einfache Körperverletzung, von Raub auf Diebstahl etc. herabgestuft wird. Bei diesen Formen des sog. *Charge Bargaining* wird also im einen Fall die Anklage ihrem Umfang nach reduziert, im anderen Fall ihrer Schwere nach.[56]

Dieses Verhalten ist aufgrund des weiten Ermessens seitens des CPS nicht unüblich, Regeln existieren jedoch kaum. Paragraph 10.1 des Code for Crown Prosecutors legt insoweit fest, dass ein Guilty Plea nur angenommen werden darf, wenn es dem Gericht trotzdem möglich bleibt, ein der Schwere der Tat angemessenes Urteil auszusprechen, insbesondere wenn erschwerende Umstände hinzutreten.

IV. Praktische Bedeutung

Im Unterschied zu Deutschland wird in England & Wales ein großer Anteil an Strafverfahren erst auf gerichtlicher Ebene erledigt.[57] Eine solch hohe Verfahrens-

[54] *Davies/Croall/Tyrer*, Criminal Justice, 3. Aufl., Harlow u.a. 2005, S. 285; *McConville/Wilson*, The Criminal Justice Process, Oxford/New York 2002, S. 489.
[55] S. Criminal Appeal Act 1995, Paragraph 2, der für Appeals on Fact und Appeals on Point of Law gilt, vgl. www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/35/contents; zuletzt gesehen: 20.10.2010.
[56] S. hierzu beispielsw. *Ashworth/Redmayne*, The Criminal Process, 3. Aufl., Oxford/New York 2005, S. 269.
[57] Vgl. *Home Office (Hrsg.)*, European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics - 2003, Tabelle 2.a, S. 91, bezogen auf das Jahr 1999: über 66 % in England & Wales, unter 33 % in Deutschland.

bewältigung durch die Gerichte ist überhaupt nur möglich, weil Guilty-Plea-Verfahren existieren. Im Jahr 2004 wurden insgesamt 1.008.200 Angeklagte vor dem Magistrates' Court und 75.400[58] Angeklagte vor dem Crown Court gehört. Die Guilty-Plea-Raten beliefen sich dabei auf 75 %, respektive auf 64 %.[59] Es ist also eine deutliche Mehrheit der Angeklagten, die auf die Durchführung einer streitigen Verhandlung verzichtet und damit eine schnelle, unkomplizierte Erledigung bevorzugt. Mag dieses Ergebnis aufgrund der geringen Schwere der vor dem Magistrates' Court verhandelten Delikte weniger überraschen, ist die hohe Quote bei Verfahren vor dem Crown Court umso bemerkenswerter. Inwieweit der Abgabe Gespräche zwischen dem Angeklagten und dem CPS oder sogar mit dem Gericht vorausgegangen sind, ist nicht ersichtlich.

Schaubild 1: Guilty-Plea-Raten im Jahr 2004

Quelle: Home Office, Criminal Statistics 2004, Tables 2.2, 2.10[60]

[58] Hierin enthalten sind nur Indictable Offences, das heißt also nicht die wenigen Summary Offences (n=2 900), die ausnahmsweise mit vor dem Crown Court verhandelt wurden.

[59] Diese Raten sind in den letzten Jahren weitgehend konstant geblieben.

[60] S. *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England und Wales, Frankreich und Polen, Göttingen 2011, 3. Teil: C., Schaubild 5; enthalten sind hier allerdings auch solche Fälle, in denen der Angeklagte (mangels Anwesenheit) gar kein Plea abgibt.

Tabelle 1:
Verurteilungen durch den Crown Court nach streitiger Verhandlung im Jahr 2004

	Crown Court	
	absolut	**%**
Angeklagte insgesamt	**75.400**	
Not Guilty-Plea	**27.144**	**100**
davon: Schuldspruch nach streitiger Verhandlung	**9.500**	**35**

Quelle: Home Office, Criminal Statistics 2004, Table 2.10[61]

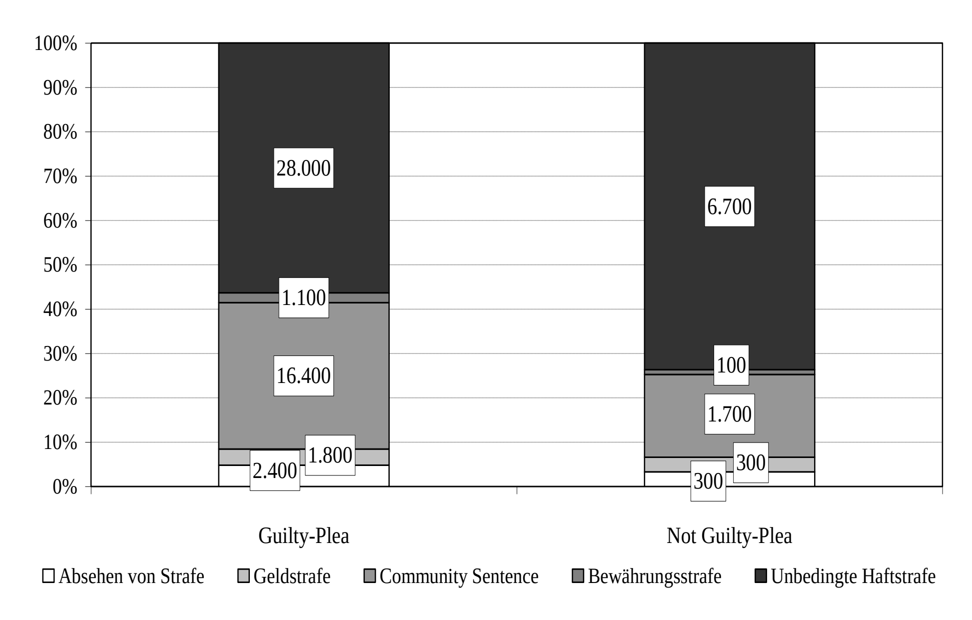
Von Interesse ist das Verhältnis von Schuld- zu Freisprüchen für Angeklagte, die sich vor dem Crown Court zu verantworten und auf not guilty plädiert hatten. Statistisch unberücksichtigt bleiben dabei Fälle, in denen der Angeklagte nicht erschienen ist oder in denen die Sache nur zum Strafmaßausspruch an den Crown Court übergeben wurde. Insgesamt wurden vor dem Crown Court 65 % der Angeklagten, die sich nicht schuldig erklärten, freigesprochen, lediglich 35 % wurden verurteilt. Bei der Bewertung dieser durchaus sehr niedrigen Verurteilungsquote ist zu bedenken, dass in die Gruppe „Freispruch" auch diejenigen Fälle zählen, in denen keine Verurteilung ergehen konnte, weil kein Beweis angeboten wurde.[62] Darüber hinaus werden Angeklagte nicht nur auf nicht schuldig plädieren, wenn sie die Tat nicht begangen haben, sondern auch, wenn sie ihre Verteidigungschancen als aussichtsreich einstufen. Diese hohe Freispruchquote könnte auf zweierlei hindeuten: Einmal dürfte in eindeutigen Fällen die Neigung der Angeklagten, mit Hilfe eines Guilty Plea einen Strafrabatt zu erhalten, hoch sein, so dass nur die schwierigeren Fälle für eine streitige Verhandlung übrig bleiben. Zum anderen neigt offensichtlich der CPS auch bei Beweisschwierigkeiten in besonders komplizierten und wenig aussichtsreichen Fällen zur Anklage – mit der Folge einer geringeren Verurteilungswahrscheinlichkeit.

Vergleicht man nun die Sanktionen, die nach einem Guilty Plea bzw. Not Guilty Plea ausgesprochen werden, so zeigt sich klar, dass das Guilty Plea mildere Strafen nach sich zieht.

---

[61] S. *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England und Wales, Frankreich und Polen, Göttingen 2011, 3. Teil: C., Tabelle 7.
[62] *Home Office u.a.*, Criminal Statistics 2004, Punkt 2.28, S. 25, www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980037.htm; zuletzt gesehen: 20.11.2009.

Schaubild 2: Art der verhängten Sanktion vor dem Crown Court im Jahr 2004



Quelle: Home Office, Criminal Statistics 2004, Table 4.7[63]

Dies gilt generell, aber auch tendenziell dann, wenn man nach verschiedenen Delikten differenziert. Am stärksten zeigt sich dies an den Sexualdelikten: Hier beträgt die Quote der Haftstrafen 71 % bei den sich schuldig bekennenden Verurteilten, während sie bei den nach einem streitigen Verfahren Verurteilten 91 % beträgt. In dieselbe Richtung weist die deutlich geringere Haftlänge von durchschnittlich 37 Monaten bei Guilty-Plea-Verfahren gegenüber 53 Monaten bei streitigen Verfahren.[64]

D. Vorheriges Schuldanerkenntnis im französischen Recht[65]

I. Besonderheiten des französischen Ermittlungsverfahrens

Ermittlungen in Zusammenhang mit einer Straftat werden in Frankreich entweder auf Anordnung der Staatsanwaltschaft oder durch die Polizei von Amts wegen

[63] S. *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England und Wales, Frankreich und Polen, Göttingen 2011, 3. Teil: C., Schaubild 6.
[64] Ebd. 3. Teil: C., Tabelle 9.
[65] ausführl. *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England und Wales, Frankreich und Polen, Göttingen 2011, 3. Teil: D..

eingeleitet.[66] Sie werden sodann von der *Police Judiciaire* geführt, allerdings unter der Leitung der Staatsanwaltschaft. Die Aufgabe der Polizei ist damit umschrieben, dass es ihr obliegt, Strafrechtsverstöße zu entdecken, Beweise zu sammeln und den Täter zu identifizieren. Die Enquête de Flagrance ist eine Sonderform der Ermittlungsführung, wenn der Täter auf frischer Tat, in flagranti, ertappt worden ist.[67]

Nach den polizeilichen Voruntersuchungen wird die *Deliktsklassifizierung* relevant, da die Staatsanwaltschaft die weitere Behandlung von Contraventions der 1.-4. Klasse der Polizei, dem sog. *Officier du Ministère Public* (OMP), übertragen hat.[68] Dazu zählen die meisten Verkehrsdelikte, aber auch leichtere Körperverletzungen. In diesen Fällen übergibt der ermittelnde Polizeibeamte das Verfahren nicht der Staatsanwaltschaft, sondern dem OMP.[69] Dennoch stehen der Polizei damit keine eigenständigen Befugnisse zu, Strafverfahren zu erledigen.[70] Vielmehr führt der OMP das Verfahren unter der Aufsicht der Staatsanwaltschaft weiter.[71] Er kann das Verfahren einstellen oder eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen, indem er die Tat (selten) vor dem *Tribunal de Police* anklagt oder aber (zumeist) eine sog. *Ordonnance Pénale* beantragt.

Bei der sog. *L'Instruction* handelt es sich um ein unter der Leitung des sog. *Juge d'Instruction* (Untersuchungsrichter) stehendes, sehr ausdifferenziertes gerichtliches Ermittlungsverfahren, das sich – im Falle eines Crime verpflichtend und bei Délits oder Contraventions fakultativ – an die soeben beschriebenen polizeilichen Ermittlungen anschließt.[72] Der Untersuchungsrichter hat nunmehr alle Maßnahmen zu treffen, um die Wahrheit herauszufinden, wobei er verpflichtet ist – grundsätzlich auf den von der Staatsanwaltschaft vorgegebenen Sachverhalt beschränkt – belastendes wie entlastendes Beweismaterial zu sammeln. Dabei gelten für die richterlichen Untersuchungen Schriftlichkeit und Geheimhaltung gegenüber der Öffentlichkeit, der Verteidigung ist unter gewissen Umständen Zugang zu den Akten zu verschaffen. Auch der Beschuldigte kann die Durchführung von Ermittlungshandlungen beantragen.

---

[66] *Vitu*, Die Grundzüge des französischen Strafverfahrens, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin u.a. 1990, S. 7 (28).

[67] *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 71; so auch schon *Vitu*, Die Grundzüge des französischen Strafverfahrens, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin u.a. 1990, S. 7 (27).

[68] *Aubusson de Cavarlay* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 185 (188f.).

[69] *Aubusson de Cavarlay*, Questionnaire [2005] - France, Part IV, insbes. Question IV.2., www.kriminologie.uni-goettingen.de/pps, zuletzt gesehen: 20.10.2010.

[70] *Aubusson de Cavarlay* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 185 (198); *Reinhard* France, in: Tak (Hrsg.), Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states, Vol. I, Nijmegen 2004, S. 839 (839, I.1).

[71] *Aubusson de Cavarlay*, Questionnaire [2005] - France, Part IV, insbes. Question IV.2.; *ders*, Questionnaire [2007] - France, Part IV, insbes. Question IV.1.a. (s. Fn. 67).

[72] Zu weiteren Möglichkeiten, den Unersuchungsrichter einzuschalten, s. *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 131f.

Nachdem der Juge d'Instruction die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, entscheidet er über den weiteren Gang des Verfahrens: Er kann entweder eigens die Einstellung des Verfahrens aus tatsächlichen (unzureichender Tatverdacht/ Unbekanntsache) bzw. rechtlichen Gründen (der ermittelte Sachverhalt erfüllt keinen Straftatbestand) verfügen oder andernfalls die Akten über die Staatsanwaltschaft dem zuständigen Gericht – im Falle eines Verbrechens zum Zwecke der Anklage – zuleiten.[73]

Schließt sich an die polizeilichen Voruntersuchungen kein richterliches Ermittlungsverfahren an, hat die *Staatsanwaltschaft* die grundlegende Entscheidung zu treffen – wobei ihr das *Opportunitätsprinzip* einen weiten Ermessensspielraum eröffnet –, ob sie die weitere Strafverfolgung (Poursuite) betreibt oder aber das Verfahren schlicht einstellt (Classement Sans Suite). Die Befugnis zur Einstellung verliert die Staatsanwaltschaft jedoch, sobald sie das Verfahren aus den Händen gibt, dem nun zuständigen Gerichtsorgan kann sie die Sache nicht mehr entziehen.[74]

Bleibt die Staatsanwaltschaft untätig oder hat sie eine sog. Classement Sans Suite verfügt, kann das Opfer selbst, das im französischen Strafverfahren eine recht starke Stellung genießt, die öffentliche Strafverfolgung durch ein Privatklageverfahren (sog. Action Civile) einleiten.[75]

II. Verfahren vor den Gerichten

Zur erkennenden Gerichtsbarkeit, die strikt von der ermittelnden getrennt ist, zählen in erster Instanz die Juridiction de Proximité, das Tribunal de Police, das Tribunal Correctionnel und der Cour d'Assises. Die von diesen Gerichten erlassenen Urteile sind grundsätzlich mit dem Rechtsmittel der sog. Appel, das der deutschen Berufung ähnlich ist, angreifbar. Darüber hinaus kennt das französische Strafverfahren eine Überprüfung der „Berufungs"urteile im Hinblick auf ihre rechtliche Tragfähigkeit vor dem Cour de Cassation. Die *Zuständigkeit des Gerichts* entscheidet sich in Frankreich strikt nach der Schwere des Delikts. Die nur mit einem Laienrichter besetzte Juridiction de Proximité ist für Contraventions der

[73] Die Möglichkeit für den Juge d'Instruction, unmittelbar bei Verdacht auf ein Verbrechen die Cour d'Assises anzurufen, besteht erst seit einigen Jahren. Zuvor war eine weitere Kontrollinstanz, die damalige Chambre d'Accusation, zwingend zwischengeschaltet, die ein zweites gerichtliches Ermittlungsverfahren durchzuführen hatte; vgl. *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 35f. u. 168.

[74] *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 96; *Vitu*, Die Grundzüge des französischen Strafverfahrens, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin u.a. 1990, S. 7 (29).

[75] S. hierzu insges. *Gewaltig*, Die action civile im französischen Strafverfahren Frankfurt/Main u.a. 1990.

1.-4. Klasse zuständig, das Tribunal de Police für die der 5. Klasse[76]. Das Tribunal Correctionnel ist für Délits[77] zuständig und der Cour d'Assises für Crimes[78].

Die erkennenden Gerichte können unmittelbar von der Staatsanwaltschaft, dem Ermittlungsrichter oder dem Verletzten angerufen werden. Die *Hauptverhandlung* verläuft vor allen Gerichten grundsätzlich gleich: Sie beginnt mit den Eröffnungsmodalitäten, setzt sich mit der Beweisaufnahme fort und schließt mit der auf die Schlussplädoyers folgenden Entscheidung des Gerichts.[79] Zunehmend halten auch kontradiktorische Elemente Einzug in die Hauptverhandlung. Beispielsweise haben Staatsanwaltschaft und Angeklagter das Recht, Zeugen laden zu lassen,[80] außerdem besteht für Staatsanwaltschaft und Verteidigung ein unmittelbares und für den Angeklagten und das Opfer ein (über den Richter geführtes) mittelbares Fragerecht.[81]

Der wesentliche Unterschied zwischen Verfahren vor dem Cour d'Assises und den übrigen Gerichten liegt darin, dass bei ersterem Geschworene an der Entscheidung beteiligt sind.[82] Anders als in England & Wales haben die Geschworenen allerdings nicht allein, sondern gemeinsam mit den Berufsrichtern über die Schuldfrage zu urteilen, zudem aber auch über die rechtliche Seite des Falles.

III. Möglichkeiten der vereinfachten Verfahrenserledigung

Neben der Anklage und der folgenlosen Einstellung, sieht das französische Strafverfahren verschiedene andere Möglichkeiten vor, auf eine Straftat zu reagieren. Es gibt die bedingte Einstellung, die Ordonnance und Composition Pénale sowie die Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité (s. D. IV.).

Bei der *bedingten Einstellung* kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren beenden, indem sie dem Beschuldigten die Erfüllung einer bestimmten Maßnahme auferlegt, die geeignet ist, den Schaden, den das Opfer erlitten hat, wieder gut zu machen oder die durch den Täter hervorgerufene Störung zu beenden. Zu diesen Maßnahmen zählen namentlich die Erteilung einer mündlichen Verwarnung (Rappel a Loi), die Einweisung in eine Therapieeinrichtung, die Aufforderung zur Schadenswiedergutmachung oder zum Täter-Opfer-Ausgleich. Nur bei Letzterem ist die

---

[76] Hierzu zählen weniger schwere Körperverletzungsdelikte, die aber in Abhängigkeit von den Folgen auch noch der 4. Kategorie zugeordnet werden können.

[77] Hierzu zählen die meisten Vermögensdelikte.

[78] Zu dieser schwersten Deliktskategorie zählen u. a. die willentliche Tötung eines Menschen, besonders schwere Formen der Körperverletzung wie beispielsweise das Foltern oder brutale Misshandeln einer Person und Vergewaltigung.

[79] *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 193ff. u. 211.

[80] *Kühne*, Strafprozessrecht, Heidelberg u.a. 2010, Rn. 1238.

[81] S. hierzu und zur kontradiktorischen Seite des Verfahrens insges. *Henrion*, ZStW 2001, 923 (927ff.).

[82] Vgl. hierzu *Kühne*, Strafprozessrecht, Heidelberg u.a. 2010, Rn. 1215; *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 212; *Vitu*, Die Grundzüge des französischen Strafverfahrens, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin u.a. 1990, S. 7 (41).

Zustimmung beider Beteiligter einzuholen; die übrigen Auflagen können ohne das Einverständnis des Täters, des Opfers oder des Gerichts angeordnet werden.[83] Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist gesetzlich nicht auf bestimmte Delikte beschränkt, das in der Vorschrift formulierte Ziel dürfte naturgemäß jedoch eher bei leichten Taten erreicht werden. Scheitert die Einstellung wegen des Verhaltens des Beschuldigten, kann die Staatsanwaltschaft eine Composition Pénale erlassen oder die Strafverfolgung wieder aufnehmen.

Die *Ordonnance Pénale* ist die älteste Form der vereinfachten Verfahrenserledigung und grundsätzlich für alle fünf Klassen der Contraventions sowie für Délits, die im Straßenverkehr begangen wurden, vorgesehen. Ähnlich dem deutschen Strafbefehl wird ohne mündliche Verhandlung auf Antrag der Staatsanwaltschaft eine Sanktion vom Gericht ausgesprochen.[84] Einzig zulässige Sanktion ist die Geldstrafe, die gemeinsam mit ergänzenden Maßnahmen wie z.B. dem Entzug der Fahrerlaubnis ausgesprochen werden darf. Anders als beim deutschen Strafbefehl ist das Gericht jedoch nicht an den Strafvorschlag der Staatsanwaltschaft gebunden, vielmehr kann der Richter die Höhe der Geldstrafe anders bemessen oder auch unmittelbar einen Freispruch verfügen.[85] Erscheint ihm die Durchführung eines Hauptverfahrens erforderlich, wird die Akte an die Staatsanwaltschaft zurückgesandt, die sodann gemäß den gewöhnlichen prozessualen Vorschriften weiter zu verfahren hat. Erlässt der Richter eine Ordonnance Pénale, haben sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte die Möglichkeit innerhalb einer vorgeschriebenen Frist Einspruch einzulegen, wobei es dann zur mündlichen Hauptverhandlung kommt. Ansonsten steht eine Ordonnance Pénale einem rechtskräftigen Urteil gleich.

Voraussetzung für die *Composition Pénale* ist, dass das Verfahren ein Délit zum Gegenstand hat, welches mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe oder lediglich mit einer Geldstrafe bedroht ist,[86] und der Beschuldigte die Tatbegehung ausdrücklich gesteht. Damit ist diese Form der Verfahrenserledigung für einen sehr weiten Bereich der Kriminalität eröffnet.[87] Sie ist nur solange möglich, wie die Leitung des Verfahrens der Staatsanwaltschaft zusteht, sprich noch nicht öffentliche Klage erhoben wurde. Dies wiederum eröffnet dem Opfer die Möglichkeit, den Erlass einer Composition Pénale zu verhindern, indem es selbst die Strafver-

[83] *Jehle/Smit/Zila*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 161 (176, Table 7).

[84] Vgl. beispielsw. *Aubusson de Cavarlay* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 185 (190f.); *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 202f.

[85] S. auch *Aubusson de Cavarlay*, Questionnaire [2005] - France, Part VII, Question VII.6.e.(a) (s. Fn. 67); *ders.* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 185 (190), was in der Praxis wohl aber kaum einmal der Fall ist.

[86] Die Erledigung kann sich – soweit angemessen – auch auf die mit der Tat verbundenen Contraventions erstrecken.

[87] Von „kleiner Massenkriminalität“ als Feld der Composition Pénale sprechen *Jung/Nitschmann*, ZStW 2004, 785 (787).

folgung im Wege der Action Civile betreibt.[88] Durch eine Composition Pénale wird, bevor es zur Einleitung der öffentlichen Strafverfolgung kommt, auf konsensuale Weise ein Verfahren beendet. Insofern gleicht es dem § 153a Abs. 1 StPO. Liegen die notwenigen Voraussetzungen vor, kann die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten eine Erledigung anbieten, gekoppelt an eine oder mehrere vom Beschuldigten zu erfüllende Maßnahmen. Diese sind einem abschließenden Katalog zu entnehmen. Es handelt sich beispielsweise um die Zahlung eines Geldbetrags, die Abgabe des Führerscheins, das Ableisten gemeinnütziger Arbeit oder das Verbot, über einen bestimmten Zeitraum den Tatort oder das Opfer aufzusuchen. Erklärt der Beschuldigte sein Einverständnis mit der Maßname, ist als nächstes zwingend das zuständige Gericht, das Tribunal Correctionnel, an der Entscheidung zu beteiligen. Bevor das Gericht verfügt, ob es dem staatsanwaltschaftlichen Vorschlag zustimmt (sog. Validation) – eine Modifizierung der von der Staatsanwaltschaft vorgeschlagenen und vom Beschuldigten akzeptierten Maßnahmen ist nicht zulässig – oder ihn ablehnt, kann es die Anhörung des Täters und des Opfers anordnen.[89] Stimmt das Gericht zu, wird die angeordnete Maßnahme wirksam, andernfalls ist der Vorschlag nichtig. Erfüllt der Beschuldigte die aufgetragenen Maßnahmen, ist das Verfahren beendet, befolgt der Beschuldigte die Maßnahmen hingegen nicht, ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, die Strafverfolgung weiter zu führen.

IV. La Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité[90]

Bei diesem Verfahren handelt es sich um eine erst seit einigen Jahren in das französische Strafrecht eingeführte Erledigungsmöglichkeit. Sie wird als vom englischen Guilty Plea inspiriert angesehen. Mit der Einführung der Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité (CRPC) wurde ein konsensuales Verfahrensmodell installiert, das anders als die Composition Pénale zu einer Verurteilung des Beschuldigten führt.

Ein solches Verfahren kommt in Betracht, wenn das der Tat zugrunde liegende Delikt ein Délit ist, das (nur) mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht ist. Die *Initiative*, eine derartige Verfahrenserledigung einzuleiten, liegt in den Händen der *Staatsanwaltschaft*. Sie kann diese von sich aus ergreifen oder einem dahingehenden Antrag des Betroffenen bzw. seines Anwalts folgen. Bei der Entscheidung über einen solchen Antrag besitzt die Staatsanwaltschaft einen weiten Ermessensspielraum.[91] Zwingende Voraussetzung ist das Vorliegen eines Schuldeinge-

[88] *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 98.

[89] *Aubusson de Cavarlay* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 185 (191), *ders.*, Questionnaire [2005] - France, Part VII_4, Question VII.6.e.(a) (s. Fn. 67).

[90] „Erscheinen nach vorherigem Schuldanerkenntnis“.

[91] *Jung/Nitschmann*, ZStW 2004, 785 (790); *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 206.

ständnisses (Plaider Coupable). Außerdem muss der Betroffene bei diesem Verfahren im Gegensatz zur Composition Pénale *anwaltlich vertreten* sein.[92]

Die Art der Ausgestaltung des Plaider Coupable belässt keine Zweifel daran, dass damit jedenfalls offiziell keine echte Form des Aushandelns der Strafe (Bargaining) geschaffen werden sollte.[93] Denkbar scheint aber, dass die Staatsanwaltschaft dem Betroffenen einen zweiten oder dritten Strafmaßvorschlag unterbreitet, wenn dieser den vorangegangenen ablehnt.[94] Allerdings verbleibt auch dann noch die „Hürde" der gerichtlichen Genehmigung (s.u.). Zu betonen ist darüber hinaus, dass keinesfalls eine Vereinbarung über die Anklage getroffen werden darf.[95]

Liegen die Voraussetzungen vor, kann die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten eine *bestimmte Strafe vorschlagen*. Im Falle einer Freiheitsstrafe darf diese jedoch höchstens die Hälfte der gesetzlichen Strafdrohung betragen, begrenzt auf ein *Maximum von einem Jahr*. Hierdurch wird keine eindeutige Aussage über die genaue Höhe des Strafrabatts getroffen.[96] Diese Vorgabe kann schon gar nicht so aufgefasst werden, dass ein Strafrabatt in Höhe von bis zu 80 % gerechtfertigt werden könnte.[97] Aber immerhin enthält sie eine konkrete Obergrenze und zwar dahingehend, dass eine Erledigung zu entfallen hat, wenn – nach Abzug eines nicht näher bestimmten Rabatts – erschwerende Umstände die Verhängung einer härteren Strafe dennoch erfordern.[98] Im Falle einer Geldstrafe darf die im Straftatbestand selbst angedrohte Höhe voll ausgeschöpft werden.

Die Staatsanwaltschaft trifft keine Pflicht, ein solches Verfahren anzuwenden. Sie kann vielmehr auch dann noch entscheiden, die Strafverfolgung auf herkömmliche Weise zu betreiben, wenn der Betroffene bereits ein Geständnis abgelegt hat.[99] Es liegt somit allein im Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie weiter im Wege der vereinfachten Verfahrenserledigung verfährt und dem Betroffenen einen (gemilderten) Strafvorschlag unterbreitet oder nicht.

---

[92] *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (150).

[93] *Jung/Nitschmann*, ZStW 2004, 785 (790); *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (149).

[94] *Roussel*, AJ Pénal 2005, 442 (442), der insofern auch von einer uneinheitlichen Praxis spricht.

[95] *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota,* European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (149).

[96] Hingegen spricht *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 205, von einer „gesetzlich näher bestimmten Strafmilderung".

[97] So bei einer verwirkten Freiheitsstrafe von fünf Jahren.

[98] Vgl. *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (150 u. 156). Diese Einschränkung muss allerdings vor dem Hintergrund gesehen werden, dass bei Délits unbedingte Freiheitsstrafen zu vermeiden sind; es besteht für ihre Verhängung eine besondere Begründungspflicht. Der Anwendungsbereich bleibt also durchaus für schwerere Taten eröffnet.

[99] Vgl. *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 206.

Stimmt der Beschuldigte dem Angebot der Staatsanwaltschaft zu, wird als nächstes der zuständige Richter eingeschaltet. Dieser hat lediglich die Möglichkeit, den Vorschlag im Ganzen zu bestätigen oder abzulehnen, d.h. eine Befugnis, den Strafmaßvorschlag abzuändern, hat er nicht.[100] Bei dieser sog. Homologation (*Genehmigung durch das Gericht*) hat der Richter zunächst den Beschuldigten und dessen Anwalt öffentlich anzuhören, wobei die Anwesenheit des Staatsanwalts nicht obligatorisch ist. Dass die *Anhörung öffentlich* sein muss, entschied erst der Conseil Constitutionnel, der im Vorfeld die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des CRPC zu überprüfen hatte. Er befand, dass die einzuholende gerichtliche Genehmigung öffentlich zu sein habe und nicht im „Hinterzimmer" stattfinden dürfe.[101]

Das Gericht ist verpflichtet, die vorgebrachten Tatsachen auf ihren *Wahrheitsgehalt* hin zu überprüfen und rechtlich zu würdigen. Weitere Beweise dürfen hierfür nicht erhoben werden, Entscheidungsgrundlage bilden vielmehr die Akte sowie die Ausführungen des Beschuldigten und seines Anwalts. Nur wenn das Gericht seine Prüfung mit einem positiven Ergebnis abschließt, darf es den Vorschlag der Staatsanwaltschaft bestätigen und die vereinbarte Strafe aussprechen. Diese durch begründeten Beschluss zu fassende *Entscheidung* (sog. Ordonnance) hat noch am selben Tag zu ergehen.

Lehnen der Betroffene oder der zuständige Richter den Strafvorschlag der Staatsanwaltschaft ab, kann die Staatsanwaltschaft die Sache entweder an das Tribunal Correctionnel verweisen oder das Ermittlungsverfahren (wieder-)eröffnen.[102] In jedem Fall unterliegen die bisherigen Verfahrenshandlungen aber einem *Verwertungsverbot*.

Das Opfer genießt in diesem Verfahren dieselben Rechte wie im Regelverfahren. Auch bezüglich der Anfechtbarkeit für den Beschuldigten und die Staatsanwaltschaft bestehen gegenüber Urteilen, die im Wege eines regulären Verfahrens ergangen sind, keine Besonderheiten.

Der große Vorteil der CRPC wird für den Betroffenen einerseits in der Vermeidung eines Hauptverfahrens gesehen, wenngleich auch dieses Verfahren öffentlich ist. Andererseits dürfte ihm die Staatsanwaltschaft voraussichtlich eine mildere Sanktion in Aussicht stellen, um zu erreichen, dass er die Strafe auch tatsächlich akzeptiert.[103]

---

[100] *Aubusson de Cavarlay*, Questionnaire [2005] - France, Part VIII, Question VIII.5.a.c) (s. Fn. 67).

[101] Conseil Constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC vom 02.03.2004, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492/2004492dc.htm; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

[102] Letztere Alternative ist wohl eher unwahrscheinlich, da sich die CRPC auf Verfahren bezieht, die bereits entscheidungsreif sind; vgl. *Roussel*, AJ Pénal 2005, 442 (442).

[103] Vgl. *Jung/Nitschmann*, ZStW 2004, 785 (788); *Hörnle*, ZStW 2005, 801 (830); *Pfefferkorn*, Einführung in das französische Strafverfahren, Hamburg 2006, S. 205.

V. Praktische Bedeutung

Zwar belief sich im Jahr 2005 die Erledigungsquote im Wege des Plaider Coupable nur auf 4 % aller Entscheidungen des Tribunal Correctionnel. Betrachtet man jedoch die Entwicklung der CRPC selbst, zeigen erste Erhebungen recht eindrucksvolle Ergebnisse. So wurden in den ersten drei Monaten nach Einführung des Verfahrens nur durchschnittlich 500 Verfahren durch das Plaider Coupable erledigt. In den Monaten sechs und sieben waren es hingegen bereits durchschnittlich 1.400. Dieser Trend zeigt sich im Weiteren sogar noch verstärkt. Im Juni 2006 wurden bereits 4.080 Verfahren mit einer CRPC beendet.[104] Dieser Anstieg betrifft nicht nur die Absolutzahlen, vielmehr nimmt auch der relative Anteil an den in die Zuständigkeit des Tribunal Correctionel fallenden Verfahren zu; d.h. der Anstieg der CRPC geht auf Kosten der Regelverfahren.

Die überwiegende Mehrheit der staatsanwaltschaftlichen Anträge wird positiv beschieden (über 80 %). Im Falle eines negativen Ergebnisses scheitert das Verfahren zumeist, weil der Beschuldigte nicht erscheint. Nur selten ist die direkte Verweigerung der Zustimmung des Beschuldigten oder eine Ablehnung durch das Gericht der Grund. So kann das Verfahren nach einem Plaider Coupable als sehr effizient bezeichnet werden.[105]

Interessant ist zudem, welchen Einfluss die Einführung der CRPC auf die Anwendungshäufigkeit insbesondere der Composition Pénale hat; mit der Eröffnung für Délits bis zu fünf Jahren Gefängnisstrafe haben schließlich beide einen identischen Anwendungsbereich. Betrachtet man die Entwicklung der Zahlen zur Composition Pénale, ist auch hier ein deutlicher Anstieg in der Anwendung zu verzeichnen. Dieser Tendenz hat auch die Einführung der CRPC keinen Abbruch getan. Demnach ist das mit der Erweiterung der Voraussetzungen der Composition Pénale und der Einführung der CRPC verbundene gemeinsame Ziel – die Entlastung der Gerichte durch alternative Verfahrenserledigungen – erreicht worden.[106] Es sieht danach aus, als sei es mit der Einführung der CRPC gelungen, zur Composition Pénale eine Ergänzung zu schaffen, die zu echten Kriminalstrafen führt.

---

[104] *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (151).

[105] *Warsmann*, Quel avenir pour le «plaider coupable»?, www.vie-publique.fr/documents-vp/rapport_warsmann_plaider_coupable.pdf; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

[106] Vgl. auch *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (151).

E. Erledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung und freiwillige Strafunterwerfung im polnischen Recht[107]

I. Besonderheiten des polnischen Strafverfahrens

Das polnische Straf- und Strafverfahrensrecht, wie es heute besteht, hat eine noch junge Geschichte. Der politische Umbruch Ende der 1980er Jahre erforderte zwingend eine umfassende Reform des Strafrechts. Die Regelungen zum Ablauf von Strafverfahren finden sich im polnischen Strafverfahrensgesetzbuch, das am 01.09.1998 gemeinsam mit dem Strafgesetzbuch und dem Strafvollzugsgesetzbuch in Kraft getreten ist und ein sehr umfangreiches Gesetzeswerk darstellt.[108] Strafverfahrensrechtliche Grundsätze, wie beispielsweise die Pflicht zur Objektivität, der Amtsermittlungsgrundsatz, das Legalitätsprinzip oder der Öffentlichkeitsgrundsatz sind nunmehr im polnischen Recht ausdrücklich geregelt.[109]

Ähnlich wie im StGB werden in Polen *Straftaten* in die zwei Kategorien Verbrechen (Zbrodnia) und Vergehen (Wystepkiem) eingeteilt. Einen großen Unterschied zum deutschen Recht stellt aber die Regelung dar, nach der eine verbotene Tat dennoch keine Straftat ist, wenn ihre *Sozialschädlichkeit geringfügig* ist (*Wykroczenia*).[110] Die Einstufung als Wykroczenia ist beispielsweise bei leichten Verkehrsverstößen, Geschwindigkeitsüberschreitung oder Straßenverkehrsgefährdung ohne Alkoholeinfluss anzunehmen, aber auch bei der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne einen gültigen Fahrschein oder Diebstahl geringwertiger Sachen.[111] Auf diese Weise werden bestimmte Taten bereits auf materiell-rechtlicher Ebene aus dem Kriminaljustizsystem herausgeleitet.[112]

Wie das deutsche kennt das polnische Recht *Haupt- und Nebenstrafen* sowie Sicherungsmaßregeln. Zu den Strafen zählen Geldstrafe, Freiheitsbeschränkungsstrafe (hier gemeinnützige Arbeit), Freiheitsstrafe, 25jährige Freiheitsstrafe und lebenslange Freiheitsstrafe. Darüber hinaus bilden die sog. Strafmaßnahmen und Bewährungsmaßnahmen eigene Sanktionsformen. Zu den Bewährungsmaßnahmen gehö-

---

[107] ausführl. *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England und Wales, Frankreich und Polen, Göttingen 2011, 3. Teil: E..

[108] *Jakowczyk*, Kodeks postępowania karnego, Das Strafverfahrensgesetzbuch der Republik Polen, Wolf (Hrsg.), 2. Aufl., Frankfurt/Oder 2003, S. XLIf.

[109] Vgl. hierzu *Waltoś*, in: Weigend, Th. (Hrsg.), FS Hirsch, Berlin u.a. 1999, S. 995 (1000): Sie finden teilweise auch eine Stütze in der polnischen Verfassung.

[110] *Weigend, E.*, Das polnische Strafgesetzbuch, Freiburg im Breisgau 1998, S. 7: Es handelt sich hierbei um eine Übernahme aus dem früheren sozialistischen Gesetz, wenn auch der Ausdruck Gesellschaftsgefährlichkeit nicht mehr verwendet wird.

[111] S. hierzu *Aubusson de Cavarlay u.a.* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 127ff.; *Gruszczyñska/Kremplewski*, Questionnaire [2005] - Poland, Part I, Question I.4.a., I.4.b., I.4.e., I.4.h., I.4.i.; *Sobota*, Questionnaire [2007] - Poland, Part I, Question I, www.kriminologie.uni-goettingen.de/pps; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

[112] Nach *Waltoś* sei diese materiell-rechtliche Lösung am ehesten mit der deutschen, wenn auch prozessrechtlichen Vorschrift des § 153 StPO vergleichbar [s. hierzu seinen Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft in Berlin, mitgeteilt von Kretschmer, JR 1998, 364, (365)].

ren die bedingte Verfahrenseinstellung, die Strafaussetzung zur Bewährung und die vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug. Strafmaßnahmen bestehen in der Aberkennung der öffentlichen Rechte, dem Verbot, eine bestimmte Stellung zu bekleiden, einen bestimmten Beruf auszuüben oder eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auszuführen, dem Fahrverbot, dem Sachverfall, der Pflicht zur Schadenswiedergutmachung, der Buße, der Geldleistung und der öffentlichen Bekanntgabe des Urteils. Sie können selbständig, aber auch neben einer anderen Sanktion, häufig wohl zusätzlich zu einer ambulanten Strafe verhängt werden.[113]

Das *Vorverfahren* steht unter der Herrschaft der *Staatsanwaltschaft*. Unter ihrer Aufsicht wird es von der Polizei entsprechend den gesetzlich bestimmten Grenzen geführt. Hier wird zwischen einem Untersuchungsverfahren und einem Ermittlungsverfahren differenziert. Welches von beiden die richtige Verfahrensart ist, richtet sich nach der zugrunde liegenden Straftat. Unterschiede bestehen vor allem bzgl. der Führung der Ermittlungen, also inwieweit die Polizei mit diesen betraut werden darf, und bzgl. der Zeit, die für die Tataufklärung zugestanden wird. Außerdem kann das Ermittlungsverfahren als weniger streng bezeichnet werden. Die gewonnenen Beweise aber sind bei beiden Verfahren im gleichen Umfang verwertbar.[114] Auch das Gericht wird in das Vorverfahren eingeschaltet, und zwar indem es – wie der deutsche Ermittlungsrichter – über verschiedene Maßnahmen, wie beispielsweise die Untersuchungshaft, zu befinden hat.[115]

Bei Vorliegen eines Verbrechens wird das Vorverfahren stets als *Untersuchungsverfahren* geführt; bei Vorliegen eines Vergehens nur unter bestimmten Umständen. Das Untersuchungsverfahren wird grundsätzlich von der Polizei geführt, wenn nicht die Staatsanwaltschaft dazu berufen ist, weil z.B. bestimmte Tötungsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind.

Ein *Ermittlungsverfahren* wird geführt, wenn sich das Vorverfahren auf ein Vergehen bezieht, das in die Zuständigkeit des Kreisgerichts fällt und mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe (mit wenigen Ausnahmen nach oben und nach unten) bedroht ist. Zuständig für die Leitung dieses Verfahrens ist die Polizei[116], die allerdings auch in diesem Fall der Aufsicht der Staatsanwaltschaft untersteht.[117] Auch für bestimmte Beschlüsse hat sie die Genehmigung der Staatsanwaltschaft einzuholen.

Wenn die Ermittlungen bzw. Untersuchungen keine Gründe für eine Anklage ergeben haben, hat die Staatsanwaltschaft das Verfahren einzustellen. Andernfalls ist sie wegen der Geltung des *Legalitätsprinzips* verpflichtet, *Anklage* zu erheben. Im

---

[113] *Weigend, E.*, Das polnische Strafgesetzbuch, Freiburg im Breisgau 1998, S. 15ff..

[114] Ebd. S. 4f.; *Waltoś*, in: Weigend, Th. (Hrsg.), FS Hirsch, Berlin u.a. 1999,, S. 995 (1007f.).

[115] S. zu diesen und zu weiteren vom Gericht vorzunehmenden Maßnahmen, *Waltoś*, in: Weigend, Th. (Hrsg.), FS Hirsch, Berlin u.a. 1999,, S. 995 (1008); *Tylman* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 1 (8f.).

[116] Daneben können vom Justizminister weitere Organe berechtigt werden.

[117] *Hofmański/Kunštek*, Criminal Procedure System of the Republic of Poland, in: Transition of Criminal Procedure Systems, Pavišić (Hrsg.), Vol. II, Rijeka 2004, S. 226.

Anschluss daran hat das Gericht – ähnlich wie bei unserem Zwischenverfahren – zu prüfen, ob es die Anklage zulässt. Dabei ist, anders als im deutschen Recht, eine Einstellung aus sachlichrechtlichen Gründen grundsätzlich auch auf gerichtlicher Ebene möglich.[118] Für den Fall einer Verfahrenseinstellung ist der Verletzte noch zur Durchführung eines Beschwerdeverfahrens berechtigt.

II. Verfahren vor den Gerichten

Eingangsgerichte sind in Polen das Kreisgericht und das Bezirksgericht. Gegen die von ihnen in erster Instanz ausgesprochenen Urteile ist das Rechtsmittel der Appellation zulässig. Die Appellation kann sich gegen die Schuld bzw. das Strafmaß richten, die Entscheidung ist einer Nachprüfung in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht zugänglich. Allerdings darf das Rechtsmittelgericht grundsätzlich keine erneute Beweisaufnahme vornehmen. Ist eine solche erforderlich, ist die Entscheidung aufzuheben und an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen. Die in zweiter Instanz ergangenen Entscheidungen stellen den endgültigen Abschluss des Verfahrens dar.

Erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage, hat der Präsident des zuständigen Gerichts zunächst eine Eingangskontrolle vorzunehmen. In diesem Rahmen kann seine Entscheidung nicht nur auf Eröffnung oder Nichteröffnung der Hauptverhandlung lauten, vielmehr bestehen auch in diesem Stadium zahlreiche anderweitige Optionen, ein Verfahren aus dem System herauszuleiten (s.u. III.). Wurde das Vorverfahren als Ermittlungsverfahren geführt, wird die Sache grundsätzlich im sog. vereinfachten Verfahren verhandelt, das sich vom ordentlichen Verfahren allerdings kaum unterscheidet. Die Verhandlung selbst scheint – unabhängig von der Art des Vorverfahrens – kaum von einer nach deutschem Recht geführten Hauptverhandlung abzuweichen: Es erfolgen der Aufruf zur Sache, die Verlesung der Anklageschrift, die Vernehmung des Angeklagten, die Beweisaufnahme, die Schlussreden der Parteien, die Urteilsfindung.

III. Möglichkeiten vereinfachter Verfahrenserledigung

Als Möglichkeiten, einen vereinfachten Verfahrensabschluss zu erzielen, sind die Absorptionseinstellung, die bedingte Verfahrenseinstellung, das Strafbefehlsverfahren, die Erledigung ohne Hauptverhandlung und die freiwillige Strafunterwerfung des Angeklagten zu nennen.

Mit der sog. *Absorptionseinstellung* kann die *Staatsanwaltschaft* ein Verfahren wegen eines Vergehens, das mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht ist, einstellen, wenn die Verurteilung des Angeklagten zu einer weiteren Strafe im Hinblick auf die Art und Höhe der Strafe, die gegen ihn wegen einer anderen Straftat bereits rechtskräftig verhängt wurde, offensichtlich unzweckmäßig wäre und das Interesse

[118] *Wolf/Jakowczyk* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 203 (210).

des Verletzten der Einstellung nicht entgegensteht. Hierin ist folglich eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip zu erblicken, die der deutschen Vorschrift des § 154 StPO ähnelt.

Des Weiteren kann die Staatsanwaltschaft, anstatt die Anklage einzureichen, einen Antrag auf *bedingte Einstellung des Verfahrens* bei Gericht stellen. Damit handelt es sich bei diesem Verfahren im Ergebnis weniger um eine staatsanwaltschaftliche als eine gerichtliche Entscheidung.[119] Der Einfluss der Staatsanwaltschaft ist auf eine mögliche Antragstellung reduziert, in der sie die Dauer der Bewährungszeit und die gegenüber dem Beschuldigten zu verhängenden Auflagen vorschlagen kann.

Die Voraussetzungen für eine bedingte Einstellung sind im Strafgesetzbuch geregelt. Das Gericht kann das Verfahren bedingt einstellen, wenn die Schuld des Täters und die Sozialschädlichkeit der Tat unbedeutend sind, die Umstände der Tatbegehung zweifelsfrei feststehen und die Haltung des wegen einer vorsätzlichen Straftat nicht vorbestraften Täters, seine Eigenschaften und seine persönliche Lage sowie sein bisheriger Lebenswandel die Annahme rechtfertigen, dass er trotz der Einstellung des Verfahrens die Rechtsordnung beachten, insbesondere keine neue Straftat begehen wird. Die bedingte Einstellung ist grundsätzlich nur auf Straftaten anwendbar, deren gesetzlich angedrohte Höchststrafe drei Jahre Freiheitsstrafe nicht übersteigt.

Bei der bedingten Einstellung handelt es sich um eine *Bewährungsmaßnahme*, so dass die endgültige Erledigung von der künftigen Straffreiheit des Betroffenen abhängt. Im Falle eines Scheiterns ist die Weiterführung des Verfahrens fakultativ. Bei einem groben Verstoß gegen die Rechtsordnung kann das Verfahren wieder in Gang gesetzt werden.

Die Entscheidung über die bedingte Einstellung wird *durch Urteil* in einer Sitzung getroffen, an der der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verletzte teilnehmen dürfen und sogar müssen, wenn das Gericht dies verfügt. Widerspricht der Angeklagte der bedingten Einstellung, wird die Sache zwingend in einer Hauptverhandlung zum Abschluss geführt.[120] Da die Entscheidung durch Urteil getroffen wird, ist außerdem der Rechtsmittelweg eröffnet.

Das *Strafbefehlsverfahren*, seit langer Zeit im polnischen System bekannt, ist für alle Strafsachen zulässig, die der Verhandlung im vereinfachten Verfahren unterliegen. D.h. es muss ein Vorverfahren als Ermittlungsverfahren geführt worden sein. Dadurch wird die Anwendbarkeit für fast alle Vergehen eröffnet, für Verbrechen jedoch kategorisch ausgeschlossen. Zusätzlich muss das Gericht aufgrund der im Vorverfahren gesammelten Beweise zu der Überzeugung kommen, dass die

[119] *Bulenda u.a.* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 257 (263); *Gruszczyñska*/Kremplewski, Questionnaire [2005] - Poland, Part VIII (Conditional Discontinuance of Penal Proceedings), Question VIII.5.a.l) (s. Fn. 106).

[120] *Gruszczyñska/Kremplewski*, Questionnaire [2005] - Poland, Part VII (Conditional Disposal), Question VII.6.c. und VII.6.d.a) (s. Fn. 106).

Durchführung einer Verhandlung nicht erforderlich ist und die Verhängung einer *Freiheitsbeschränkungsstrafe* oder einer *Geldstrafe* genügt.

Der Erlass eines Strafbefehls ist eine *gerichtliche Entscheidung*, ohne dass es dabei auf einen staatsanwaltschaftlichen Antrag ankäme. Sowohl für den Staatsanwalt als auch für den Angeklagten beschränkt sich die Möglichkeit zur Einflussnahme darauf, Einspruch zu erheben. Das Gericht trifft seine Entscheidung in einer Sitzung unter Ausschluss der Parteien.[121]

IV. Erledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung

Die Erledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung (Art. 335 § 1 i.V.m. Art. 343 KPK) wurde mit der großen Strafrechtsreform von 1998 eingeführt. Der *Staatsanwalt* kann seiner *Anklageschrift* einen Antrag auf Erlass eines auf Strafe lautenden Urteils ohne Durchführung einer Hauptverhandlung sowie auf Verhängung einer mit dem Angeklagten vereinbarten Strafe oder Strafmaßnahme beifügen.

1. Voraussetzungen

Voraussetzung für eine solche Erledigung ist erstens, dass der Gegenstand des Verfahrens ein *Vergehen* ist, welches mit einer Freiheitsstrafe nicht über zehn Jahren bedroht ist. In den Anwendungsbereich fallen damit beispielsweise neben dem einfachen Diebstahl auch Betrug und Einbruchsdiebstahl. Ausgenommen sind einige wenige, besonders schwere Vergehen, wie z.B. ein Raub.

Zweitens dürfen über die Umstände der Straftatbegehung keine Zweifel bestehen, d.h. Tat, Täterschaft und Verantwortlichkeit des Täters müssen eindeutig feststehen.[122] Ein *Geständnis* wird hierfür vom Gesetzestext zwar nicht ausdrücklich vorausgesetzt, dennoch wird ein solches in der Praxis für gewöhnlich verlangt.[123] Erklärt sich der Betroffene nicht zur Abgabe eines Geständnisses bereit, wird die Voraussetzung der Zweifelsfreiheit wohl kaum von der Staatsanwaltschaft bejaht werden. Andererseits ist aber auch ein Geständnis für sich genommen nicht zwingend geeignet, um den Nachweis für die Täterschaft des Angeklagten zu erbringen; vielmehr muss auch die bisherige *Beweislage* Anhaltspunkte hierfür bieten.[124]

Schließlich muss die Haltung des Angeklagten die Annahme begründen, dass die Ziele des Verfahrens, insbesondere die der Spezial- und Generalprävention, erreicht werden. Es muss folglich die Vermutung bestehen, dass in dieser Hinsicht

---

[121] Vgl. *Jehle/Smit/Zila*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 161 (168); *Scheffler/Matthies* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 179 (181).

[122] *Waltoś* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 115 (121).

[123] *Gruszczyñska/Kremplewski*, Questionnaire [2005] - Poland, Part VIII (Conviction without trial), Question VIII.5.a. (s. Fn. 106).

[124] *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (152f.).

ein genauso sicheres Ergebnis wie nach der Durchführung einer Hauptverhandlung erzielt werden kann.[125]

2. Vereinbarung der Strafe

Liegen diese Voraussetzungen vor, kann die Staatsanwaltschaft versuchen, mit dem Betroffenen eine bestimmte Strafe oder Strafmaßnahme zu vereinbaren. An diesen Verhandlungen darf auch der Anwalt des Angeklagten teilnehmen, eine spezielle Pflicht zur anwaltlichen Vertretung besteht jedoch nicht.[126] Dabei können Staatsanwalt und Angeklagter sich auf eine außerordentlich milde Strafe, eine Strafaussetzung zur Bewährung oder lediglich eine andere Strafmaßnahme einigen und zwar unabhängig von den benannten Strafmilderungsgründen bzw. den an sich geforderten Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Strafaussetzung.[127] Eine Bewährungsstrafe ist allerdings nur statthaft, wenn die beantragte Freiheitsstrafe fünf Jahre und die Bewährungszeit zehn Jahre nicht überschreiten. Die Beschränkung allein auf eine Strafmaßnahme ist nur zulässig, wenn das in Rede stehende Vergehen höchstens mit fünf Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert wird.

Obwohl die Vorschriften einen sehr weiten Verhandlungsspielraum im Hinblick auf die Straffindung eröffnen, ist festzuhalten, dass sich die Vereinbarung niemals auf die Schuld des Verdächtigen beziehen darf; insofern besteht keine Vergleichbarkeit mit der englisch-walisischen Erledigung durch ein Guilty Plea.[128]

Stimmt der Angeklagte dem Vorschlag der Staatsanwaltschaft letztlich zu, wobei besonders auf *Freiwilligkeit* und Eigenhändigkeit zu achten ist,[129] kann die Staatsanwaltschaft ihrer Anklageschrift den besagten Antrag beifügen. Zusätzlich kann von der Erhebung weiterer Beweise abgesehen werden, solange die bereits ermittelten keine Zweifel erwecken.

3. Gerichtliches Verfahren

Fortgesetzt wird das Verfahren in einer Sitzung, die der Präsident des zuständigen Gerichts in einem solchen Fall im Rahmen der Eingangskontrolle anzuberaumen hat. In dieser wird die endgültige Entscheidung durch einen Richter getroffen; dem Staatsanwalt steht insofern also lediglich die – alleinige – Antragsbefugnis zu.

---

[125] *Waltoś* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 115 (122).

[126] Vgl. *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (152).

[127] Art. 343 § 2 KPK.

[128] Vgl. auch *Waltoś* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 115 (119): „Es ist daher in Polen unmöglich, Vereinbarungen über ein Geständnis der Begehung einer mit geringeren Strafe bedrohten Tat, über ein Geständnis als Gegenleistung für den Verzicht des Staatsanwalts auf Anklage wegen anderer minder schwerer Straftaten etc. zu treffen."

[129] *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (152). Der Angeklagte kann seine Zustimmung bis zur endgültigen Entscheidung durch das Gericht zurücknehmen.

An der abschließenden Sitzung dürfen die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verletzte teilnehmen. Sie ist *nicht öffentlich* und es findet *keine Beweisaufnahme* statt. Neben dem Strafmaß spielt die Schadenswiedergutmachung eine besondere Rolle.[130] Das Gericht kann nämlich die Bewilligung des Antrags davon abhängig machen, dass der Angeklagte den Schaden vollständig oder zumindest teilweise wieder gut gemacht hat. In der Setzung einer solchen Bedingung liegt jedoch die einzige Möglichkeit für das Gericht, auf das zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten getroffene Ergebnis Einfluss zu nehmen.[131] Eine eigenmächtige Abänderung des staatsanwaltschaftlichen Antrags ist ihm hingegen verwehrt, so dass insoweit Bindungswirkung besteht.[132] Hält das Gericht die „vereinbarte“ Strafe für unangemessen, bleibt ihm lediglich, den Vorschlag im Ganzen abzulehnen. Für den Fall, dass das Gericht dem Antrag nicht folgt, wird das Verfahren ins Regelverfahren übergeleitet. Folgt es ihm hingegen, ergeht gegen den Angeklagten ein Urteil.

4. Praktische Bedeutung

Die Anwendung der Verfahrenserledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung war noch bis Ende 2003 äußerst zurückhaltend. Im Jahr 2000 fügte die Staatsanwaltschaft lediglich 2 % aller Anklagen einen entsprechenden Antrag bei; im Jahr 2001 nur 1,7 %, im Jahr 2002 nur 2,3 % und im Jahr 2003 nur 4,5 %. Für das zuletzt genannte Jahr liegen erstmalig Daten hinsichtlich der auf den Antrag erfolgten Entscheidung des Gerichts vor: In 66,3 % der Fälle erging auf den Antrag hin eine Verurteilung ohne Hauptverhandlung, mithin eine bescheidene „Erfolgsquote“.

Nach einer Reform dieses Verfahrens im Jahr 2003 ist allerdings ein Sprung in der Entwicklung zu verzeichnen. So wurde in 2004 bei 28,3 % und in 2005 bei 49,0 % aller Anklageerhebungen ein Antrag auf Erlass eines auf Strafe lautenden Urteils gestellt. Zudem wurde mit einem Anteil von 73,7 % bzw. 90,4 % deutlich mehr Anträgen stattgegeben. Damit scheint das polnische Recht mit dieser Form der Verfahrenserledigung ein probates Mittel zur Verfahrensbeschleunigung gefunden zu haben. Immerhin wurden im Jahr 2004 21 % aller angeklagten Strafsachen auf diese Weise abschließend erledigt, 2005 sogar mit 44 % nahezu die Hälfte. Dieser Umfang ist insbesondere auch vor folgendem Hintergrund beachtlich: Das polnische Strafbefehlsverfahren setzt im gleichen Verfahrensstadium an und bietet dem Gericht ebenfalls eine Möglichkeit zur Verfahrensbeschleunigung. Auf diese Weise wurden im Jahr 2004 insgesamt 60.908 der angeklagten Verfahren erledigt

[130] *Waltoś* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 115 (122).

[131] Vgl. *Hofmański*, ZStW 2004, 113 (116).

[132] *Gruszczyñska/Kremplewski*, Questionnaire [2005] - Poland, Part VIII (Conviction without trial), Question VIII.5.a.c) (s. Fn. 106); *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (153).

und damit lediglich 15 %[133], also 6 Prozentpunkte weniger als bei der Erledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung. Dieses schon für sich genommen bemerkenswerte Ergebnis gewinnt zusätzlich an Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass einerseits eine altbekannte und andererseits eine sehr junge, ihrer Art nach völlig neuartige Option der Verfahrenserledigung einander gegenüber stehen.

V. Freiwillige Strafunterwerfung des Angeklagten

Mit Neugestaltung des Strafprozesses in Polen im Jahr 1997 wurde eine weitere Möglichkeit der konsensualen Verfahrenserledigung eingeführt. Danach kann der Angeklagte, dem ein Vergehen zur Last gelegt wird, *bis zum Abschluss der Vernehmung aller Angeklagten* in der Hauptverhandlung einen Antrag auf Erlass eines auf eine bestimmte Strafe oder Strafmaßnahme lautenden Urteils ohne Durchführung der Beweisaufnahme stellen (Art. 387 KPK). Diese Form der Verfahrenserledigung kann nur vom Angeklagten selbst eingeleitet werden, wobei natürlich nicht auszuschließen ist, dass dem ein dahingehender „Rat" des Staatsanwalts oder Gerichts vorausgegangen ist.[134] Ein *Antrag des Angeklagten* vor Beginn der Verhandlung scheidet nicht aus, eine Entscheidung darf allerdings auch dann erst in der Verhandlung getroffen werden. Auch im Rahmen dieses Verfahrens muss der Angeklagte nicht anwaltlich vertreten sein.[135]

Bei der angeklagten Tat muss es sich um ein *Vergehen* handeln. Lediglich Verbrechen im polnischen Sinne scheiden aus dem Anwendungsbereich aus. Darüber hinaus dürfen an den Umständen der *Straftatbegehung keine Zweifel* bestehen. Zur Erfüllung dieser Voraussetzung wird in der Praxis üblicherweise ein *Geständnis* gefordert.[136] Schließlich müssen die Ziele des Verfahrens auch ohne Durchführung der gesamten Verhandlung erreicht werden.

Diese Form der Verfahrenserledigung steht unter dem Vorbehalt eines *Widerspruchsrechts* sowohl der *Staatsanwaltschaft* als auch des (einfachen) *Verletzten*. Zwingend vorausgesetzt ist damit, dass der Verletzte ordnungsgemäß vom Termin der Verhandlung benachrichtigt wurde und er über die Möglichkeit des Angeklagten, einen solchen Antrag zu stellen, belehrt wurde. Andernfalls darf dem Antrag nicht stattgegeben werden, mit der Folge, dass die Sache im Regelverfahren entschieden werden muss. Da auch die Staatsanwaltschaft hier auf ein bloßes Widerspruchsrecht verwiesen wird, ist ihre Stellung weitaus schwächer als im Falle einer Verur-

[133] Es handelt sich hierbei um „erfolgreiche" Strafbefehle, das heißt, die gegen den Strafbefehl eingelegten Einsprüche wurden bereits abgezogen (n=21.338); vgl. hierzu *Bulenda u.a.* in: Jehle/Wade, Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Berlin/Heidelberg 2006, S. 257 (265).

[134] *Waltoś* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 115 (124).

[135] *Peters/Aubusson de Cavarlay/Lewis/Sobota*, European Journal on Criminal Policy and Research 2008, 145 (154).

[136] *Gruszczyñska/Kremplewski*, Questionnaire [2005] - Poland, Part VIII (Voluntary Submission to Penalty), Question VIII.5.a. (s. Fn. 106).

teilung ohne Hauptverhandlung. Sie ist (jedenfalls offiziell) keine Verhandlungspartnerin und kann folglich die Strafbemessung nicht mitbestimmen, sondern lediglich durch ihren Widerspruch die Stattgabe des Antrags im Ganzen verhindern.

Das *Gericht* hat wiederum nicht die eigenständige Befugnis, den Antrag des Angeklagten abzuändern. Jedoch kann es sich für den Fall, dass es mit der vorgeschlagenen Strafe nicht einverstanden ist, vorbehalten, dem Antrag nur stattzugeben, wenn der Angeklagte ihn nach seinen Hinweisen abändert, insbesondere auch im Hinblick auf eine Schadenswiedergutmachung.[137] Die Entscheidung wird durch *Urteil* getroffen.

Inwieweit der Angeklagte eine Strafe, die gegenüber dem sonst angemessenen Strafmaß gemildert ist, beantragen darf, bestimmt das Gesetz nicht. Die bloße Tatsache der Antragstellung selbst genügt jedenfalls nicht für eine außerordentliche *Strafmilderung*. Insofern besteht ein deutlicher Unterschied zu einer Erledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung, mit der ein zusätzlicher Strafmilderungsgrund einhergeht. Allerdings steht zu vermuten, dass der Angeklagte seinem Antrag eine „mildere" Strafe zugrunde legt. Allein die Aussicht auf einen *Strafrabatt* dürfte ihn schließlich zur Stellung eines solchen Antrags bewegen. Das Gericht kann dabei natürlich versuchen, auf den Angeklagten einzuwirken, insbesondere wird es ihn dazu bewegen wollen, den Schaden wieder gut zu machen, um so die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine außerordentliche Strafmilderung zu schaffen. Auf diese Weise wird eine recht weite Verhandlungsbasis eröffnet.[138] Auch das der Staatsanwaltschaft und dem Verletzten eingeräumte Widerspruchsrecht gegen den Antrag des Angeklagten auf Verhängung einer bestimmten Strafe dürfte wohl dazu führen, dass es zwischen diesen Seiten zu einem „Aushandeln" der Strafe kommen kann.

Die statistischen Zahlen zeigen, dass auch dieser Möglichkeit der Verfahrenserledigung durchaus praktische Bedeutung zukommt. Seit dem Jahr 2000 ist hier ein enormer absoluter Anstieg im Antragsverhalten der Angeklagten festzustellen. Waren es im Jahr 2000 insgesamt „nur" 25.443 Anträge, so stieg die Anzahl in den darauf folgenden Jahren stetig über 33.488 (2001), 36.428 (2002) und 42.402 (2003) auf 57.987 (2004). Im Jahr 2005 ist ein leichter Rückgang auf 50.777 zu verzeichnen. Leider liegt kein Datenmaterial vor, um diese Absolutzahlen auf die eröffneten Hauptverhandlungen zu beziehen. Aber es bleibt festzuhalten, dass Angeklagte die Möglichkeit dieses Verfahrens durchaus annehmen. Die Erfolgsquote bei diesem Verfahren lag in den Jahren 2003 und 2004 bei ca. 60 % bzw. 50 % und stieg im Jahr 2005 auf beachtliche 90 %.

---

[137] *Hofmański,* ZStW 2004, 113 (118).

[138] *Waltoś* in: Wolf, Kriminalität im Grenzgebiet, Berlin/Heidelberg 2003, S. 115 (124).

F. Die deutsche Lösung im Vergleich

In Deutschland ist der durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren eingeführte § 257c StPO die zentrale Norm für das Urteilsabsprachenverfahren. Der Gesetzgeber beabsichtigte damit, eine umfassende und differenzierte Regelung zu Verfahren, Inhalt und Folgen der bis dahin nicht gesetzlich geregelten Verständigungen in Strafverfahren zu schaffen.

Abs. 1 normiert die Möglichkeit der Verständigung, die gemäß Abs. 3 Satz 1 vom Gericht vorgeschlagen wird. Die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts bleibt nach Abs. 1 Satz 2 dabei uneingeschränkt bestehen.

Gegenstand der Absprache dürfen nur die Rechtsfolgen sowie sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sein, also im Wesentlichen das Strafmaß und etwaige Auflagen wie z.B. Bewährungsauflagen. Auch Maßnahmen zum Verfahrensverlauf sowie das Prozessverhalten der Beteiligten können Teil der Verständigung sein. Dies sind etwa Einstellungsentscheidungen, die Zusage von Schadenswiedergutmachung durch den Angeklagten oder der Verzicht auf weitere Beweisanträge oder Beweiserhebungen, soweit dies mit der Sachaufklärungspflicht des Gerichts vereinbar ist. Bestandteil jeder Verständigung „soll" nach dem Wortlaut des § 257c StPO ein Geständnis des Angeklagten sein (Abs. 2 Satz 2); es ist demnach nicht zwingend. Der Schuldspruch hingegen sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Teil der Verständigung sein (Abs. 2 Satz 3).

Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte, wobei es auch eine Strafober- und Strafuntergrenze prognostizieren darf (Abs. 3 Satz 2). Den Verfahrensbeteiligten ist zu diesem Vorschlag rechtliches Gehör zu gewähren (Abs. 3 Satz 3). Gemäß Abs. 3 Satz 4 kommt die Verständigung zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen.

In Abs. 4 wird eine Bindungswirkung der Verständigung statuiert, sobald diese durch die Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung zustande gekommen ist. Die Bindung des Gerichts entfällt jedoch, wenn bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist (Satz 1). Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichts zugrunde gelegt worden ist (Satz 2).

Entfällt die Bindungswirkung, darf das aufgrund der Verständigung abgelegte Geständnis des Angeklagten nicht verwertet werden (Abs. 4 Satz 3). Ein Wegfall der Bindungswirkung ist unverzüglich durch das Gericht mitzuteilen. Nach Abs. 5 muss der Angeklagte darüber hinaus über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Abs. 4 belehrt werden.

Im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens entstanden verschiedene Vorschläge der Bundesrechtsanwaltkammer, der Generalstaatsanwälte und des Bundesrates, die in Teilen deutlich von der jetzigen gesetzlichen Regelung abweichen und dabei Parallelen zu den ausländischen Modellen aufweisen, wie sich im Folgenden zeigt.

I. Verfahrensentlastende Funktion

Wie gezeigt, haben Urteilsabsprachen eine unterschiedliche Funktion und einen unterschiedlichen Anwendungsbereich in den untersuchten Ländern. In England & Wales ist das Bedürfnis nach vereinfachten Strafverfahren deshalb besonders groß, weil der Selektionsfilter staatsanwaltschaftlicher Opportunitätsentscheidungen grundsätzlich fehlt. Da aufgrund des in Polen herrschenden strikten Legalitätsprinzips dort ebenfalls keine staatsanwaltschaftlichen Opportunitätsentscheidungen existieren, setzt die Suche nach justizieller Entlastung auf der gerichtlichen Ebene an, anders als in Frankreich, wo die Urteilsabsprache – beschränkt auf leichtere bis mittelschwere Delinquenz – neben die staatsanwaltschaftlichen Verfahrenserledigungen tritt. Dagegen scheint in Deutschland der untere Kriminalitätsbereich mit der ausgeweiteten Praxis der Opportunitätseinstellungen und des Strafbefehlsverfahrens genügend Entlastungsmechanismen zu kennen, so dass für Urteilsabsprachen entsprechend der bisherigen Praxis vornehmlich die mittel schwere bis schwerere Kriminalität, vor allem aufwendige Wirtschaftsstrafsachen, in Frage kommen dürfte.[139]

Wie verschieden die Ausgestaltung eines konsensualen Verfahrens mit Schuldspruch ausfallen kann, lassen bereits die Einzeluntersuchungen der Verfahrensordnungen von England & Wales, Frankreich und Polen erkennen. Diese Unterschiede verdeutlicht Tabelle 2 nun auch im Vergleich mit der deutschen Gesetzeslage, indem die Lösungen der verschiedenen Länder bei einzelnen Regelungsaspekten einander gegenübergestellt werden.

[139] Vgl. Rönnau, in: FS für Rieß, Berlin 2002, S. 595.

Tabelle 2: Regelungsaspekte konsensualer Verfahren mit Schuldspruch

		D StPO	E & W Guilty Plea	FR CRPC	PL	
					Art. 335	Art. 387
Verfahren mit HV	Gespräche nur innerh. der HV zulässig					●
	Gespräche außerhalb der HV zulässig	●	●			
	Bekanntgabe in öff. HV	●				
Verfahren ohne HV	Gespräche vor der Sitzung			●	●	
	Entscheidung in öff. Sitzung			●		
	Entscheidung in n. öff. Sitzung				●	
Initiative der/des	StA			●	●	
	Angeklagten		●			●
	Gericht	●				
Antrag enthält Strafmaßvorschlag				●	●	●
Antrag zulässig	in gesamten HV	●	●			
	nur bis zu best. Zeitpunkt			●	●	●
Schuldeingeständnis		●	●	●		
Nachprüfung der Schuld		●		●	●	●
Verurteilung ohne (weitere) Beweiserhebung		●	●	●	●	●
Strafrabatt	allgemein	●	●	●		●
	bestimmter Umfang				●	
Weitere Leistungen des Angeklagten	Schadenswiedergutmachung	●			(●)	(●)
	Verzicht auf Beweisanträge	●				
Weitere Leistungen des Gerichts	Bewährungsstrafe	●	(●)		●	
	Maßregeln der Besserung u. Sicherung					
Unmittelbare Einigung über den Schuldspruch						
Mittelbare Einigung über Schuldspruch		(●)	●			
Eingeschränkter Anwendungsbereich: Deliktsart / abstrakte Strafdrohung / Strafausspruch				●	●	●
Recht auf konsensuale Erledigung			(●)			
Anwaltszwang				●		
Stellungnahme der / des	Angeklagten	●				
	StA	●				
	Verletzten	(●)				
	Gerichts					
Beteiligung durch Zustimmung/ Widerspruch der/des	Angeklagten	●				
	StA	●				●
	Verletzten					●
	Gerichts			●	●	●
Bindungswirkung		(●)	●			
Geständnisverwertungsverbot		●		●		
Rechtsmittelverfahren grds. eröffnet		●	(●)	●	●	●
Verbot, Rechtsmittelverzicht zu erklären		●				

HV=Hauptverhandlung, StA=Staatsanwaltschaft

II. Reguläre Hauptverhandlung

Eine entscheidende Weichenstellung bei konsensualen Erledigungen ist darin zu sehen, dass die Entscheidung entweder in der regulären Hauptverhandlung ausgesprochen wird oder aber in einer speziellen Sitzung. Im letzteren Fall darf es noch nicht zur Eröffnung eben dieser „regulären" Hauptverhandlung gekommen sein. Die „Einigung" zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten muss vielmehr schon im Vorfeld, d.h. zum Abschluss der Ermittlungen, erzielt worden sein. Die gerichtliche Entscheidung ergeht sodann in einer speziellen Sitzung, also auch in diesem Fall nicht rein schriftlich. Das entspricht dem Modell der französischen CRPC und der polnischen Erledigung ohne Hauptverhandlung gemäß Art. 335 KPK. Der deutsche Gesetzgeber hat sich insoweit anders entschieden und eine *Erledigung in der öffentlichen Hauptverhandlung* eingeführt; er befindet sich damit im Einklang mit dem englischen Guilty-Plea-Verfahren und der freiwilligen Strafunterwerfung in Polen. Nach der deutschen Regelung müssen Verständigungen auch stets umfassend protokolliert und im Urteil erwähnt werden.

III. Initiativrecht

Ein wichtiger Regelungsaspekt betrifft die Frage, welchem Verfahrensbeteiligten – dem Angeklagten, der Staatsanwaltschaft und/oder dem Gericht – das *Initiativrecht* zur Einleitung einer konsensualen Erledigung zusteht. Hinsichtlich dieses Punkts zeigt sich in den dargestellten Ländern ein uneinheitliches Bild: In England & Wales sowie in Polen, soweit es um die freiwillige Strafunterwerfung des Angeklagten geht, erfolgt die Einleitung durch den Angeklagten selbst. Bei der französischen CRPC und dem polnischen Verfahren ohne Hauptverhandlung liegt die Initiative hingegen maßgeblich bei der Staatsanwaltschaft; grundsätzlich entscheidet diese, ob sie auf den Angeklagten zugeht, um einen Konsens zu erzielen. Die Vorschläge der Bundesrechtsanwaltskammer und der Generalstaatsanwälte forderten einen übereinstimmenden Antrag der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten, wobei die Initiative von beiden Seiten gleichermaßen hätte ausgehen können. Der § 257c StPO hingegen legt die Herbeiführung einer konsensualen Erledigung in die Hand des Gerichts. Im Vergleich zu den ausländischen Rechtsordnungen handelt es sich bei dieser aktiven Rolle, dem Initiativrecht des Gerichts, um einen – durchaus problematischen[140] – deutschen Sonderweg.

In Frankreich und Polen wird mit dem Antrag auf konsensuale Erledigung zugleich ein bestimmter *Strafmaßvorschlag* verbunden, den das Gericht nicht eigenständig abändern darf. In England & Wales steht kein bestimmtes Strafmaß im Raum, es sei denn das Gericht gibt auf Anfrage des Angeklagten eine auf den aktuellen

[140] S. *Jehle*, Die wachsende Bedeutung außergerichtlicher Erledigung von Strafverfahren im europäischen Vergleich, in: *Jehle/Lipp/Yamanaka (Hrsg.)*, Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Göttingen 2008, S. 221.

Verfahrensstand bezogene, maximale Strafe an. Gemäß § 257c StPO liegt es ebenfalls beim Gericht, einen Strafmaßvorschlag einzubringen.

IV. Wirkung des Geständnisses

In allen untersuchten Ländern ist der Anwendungsbereich für eine konsensuale Verfahrenserledigung eröffnet, wenn der Angeklagte den Tatvorwurf anerkennt. In England & Wales erfolgt dies durch Abgabe eines Guilty Plea, in Frankreich durch *Abgabe eines Geständnisses* und in Polen durch die Zustimmung zum Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verurteilung ohne Hauptverhandlung bzw. durch die Stellung eines Antrags auf freiwillige Strafunterwerfung. Dennoch besteht hier ein ganz entscheidender Unterschied zwischen England & Wales und den kontinentaleuropäischen Systemen Frankreichs und Polens: Während die englischen Gerichte das Guilty Plea nicht in tatsächlicher Hinsicht überprüfen, dürfen die französischen und polnischen Gerichte *keine Zweifel am Tatvorwurf* haben. Dieser Grundsatz ist der deutschen Strafprozessordnung ohnehin immanent. Eine Verständigung kann nie alleinige Grundlage des Urteils sein; das Gericht muss vielmehr von der Schuld des Angeklagten überzeugt sein – und sei es nur aufgrund eines qualifizierten Geständnisses. Lediglich der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer[141] folgte der englischen Lösung und sah demnach keine Prüfung des Gerichts in tatsächlicher Hinsicht vor.

V. Strafmilderung

Im Gegenzug für ein Schuldeingeständnis erhält der Angeklagte klassischerweise eine *mildere Strafe*. Diese Möglichkeit besteht bei allen untersuchten konsensualen Verfahren, allerdings wird nur im Ausnahmefall ein konkreter Strafrabatt normiert.

Dürfen sich in Polen die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte im Rahmen der Erledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung sogar auf eine außerordentlich milde Strafe verständigen, darf das Gericht in Deutschland gemäß § 257c Abs. 3 S. 2 StPO lediglich eine Ober- und Untergrenze der möglichen Strafe angeben, wobei es die allgemeinen Strafzumessungserwägungen zu berücksichtigen hat und weder eine unangemessen niedrige noch eine unangemessen hohe Strafe vorschlagen darf. Diese Voraussetzung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Angeklagte nicht mit einer weit geöffneten „Sanktionsschere" unter Druck gesetzt werden darf[142], auch die Vereinbarung einer bestimmten Strafe ist unzulässig.

Neben dem zwischen dem Angeklagten und den Strafverfolgungsorganen denkbaren Austauschverhältnis „Geständnis" gegen „Strafmilderung" sind auf beiden Seiten *weitere Leistungen* in Betracht zu ziehen.

---

141 S. www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/Stn25_05.pdf; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

142 BGH, 1. Strafsenat, Beschl. v. 27.07.2010 - 1 StR 345/10; in juris.

Indem nach der deutschen Gesetzeslage auch Maßnahmen zum Verfahrensverlauf und das Prozessverhalten der Beteiligten Gegenstand einer Verständigung sein können, werden beispielsweise die Zusage der Schadenswiedergutmachung durch den Angeklagten oder der Verzicht auf weitere Beweisanträge oder Beweiserhebungen – soweit mit der Sachaufklärungspflicht des Gerichts vereinbar – in den Anwendungsbereich der Verständigung mit einbezogen.[143] Eine spezielle Normierung dieser weiteren Leistungen enthält die deutsche Regelung jedoch nicht. In diesem Zusammenhang hat insbesondere wiederum der polnische Gesetzgeber für die Erledigung ohne Hauptverhandlung weitreichende Regelungen getroffen.

VI. Weitere Aspekte

Eine wesentliche Frage ist, inwieweit auch eine *Verständigung über den Schuldspruch* möglich ist. Während in Frankreich und Polen eine dahingehende Absprache verboten ist, bleibt in England & Wales zumindest über das weitreichende Ermessen des CPS hinsichtlich der Anklagepunkte die Möglichkeit, den Schuldspruch zu beeinflussen. In Deutschland kommt in diesem Zusammenhang vor allem den §§ 154, 154a StPO entscheidende Bedeutung zu. Im Rahmen des § 257c StPO darf der Schuldspruch nicht Gegenstand der Verständigung sein (Abs. 2 Satz 3).

Die Frage, ob der *Anwendungsbereich* eines konsensualen Verfahrens zu *beschränken* ist, ist unterschiedlich gelöst worden. Das deutsche Gesetz sieht eine solche Beschränkung nicht vor, hingegen hat sich sowohl der französische als auch der polnische Gesetzgeber dafür entschieden.

Neben der Frage, ob ein Angeklagter ein Recht auf konsensuale Erledigung hat, ist entscheidend, ob der Angeklagte im Rahmen eines konsensualen Verfahrens *zwingend anwaltlich vertreten* sein muss. Dies hat allein der französische Gesetzgeber für notwendig erachtet; auch der deutsche Gesetzgeber normierte keinen Anwaltszwang.

Ferner ist unterschiedlich geregelt, wie die einzelnen Verfahrensbeteiligten in den weiteren konsensualen Verfahrensverlauf einzubeziehen sind. Vor allem ist daran zu denken, die *Rechte des Verletzten* in besonderer Weise zu berücksichtigen – für ein Vetorecht des Verletzten hat sich im Ergebnis allein der polnische Gesetzgeber entschieden und auch nur bei einer Erledigung durch freiwillige Strafunterwerfung des Angeklagten.

Zudem ist es denkbar, dass eine Absprache scheitert. Hier stellt sich zum einen die Frage, inwieweit die Beteiligten an ihre Zusagen gebunden sind und zum anderen – sollte der Angeklagte die Tat bereits eingeräumt haben – ob das Geständnis verwertbar bleibt. Für ein umfassendes Verwertungsverbot haben sich nur der französische und nun auch der deutsche Gesetzgeber entschieden.

---

[143] Bundestag verabschiedet Gesetzentwurf zur Verständigung im Strafverfahren, Pressemitteilung des BMJ v. 28.05.2009. s. www.bmj.bund.de; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

VII. Rechtsmittelbeschränkung

Zuletzt sind die Auswirkungen einer konsensualen Verfahrenserledigung auf das *Rechtsmittelverfahren* abzuklären. Hinsichtlich der Anfechtbarkeit weisen die untersuchten ausländischen Regelungen im Vergleich zu einem nach streitiger Verhandlung ergangenen Urteil keine grundsätzlichen Unterschiede auf. Für diese Lösung hat sich auch der deutsche Gesetzgeber entschieden; sowohl die Einlegung einer Berufung als auch einer Revision ist wie nach einem herkömmlichen Verfahren möglich. Dies war im Übrigen bei den früheren deutschen Gesetzesvorschlägen noch anders: Gemäß den Entwürfen der Bundesrechtsanwaltskammer, der Generalstaatsanwaltschaft und des Bundesrates sollte die Berufung gegen Urteile des Strafrichters und des Schöffengerichts ausscheiden, wenn ihnen eine Urteilsabsprache zugrunde liegt. Eine Revision sollte jedoch auch in diesen Fällen zumindest grundsätzlich möglich bleiben.

Anders als die vergleichend herangezogenen Untersuchungsländer hat sich der deutsche Gesetzgeber jedoch dafür entschieden, eine besondere Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts zu treffen: Nach § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO ist ein Rechtsmittelverzicht gänzlich ausgeschlossen, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist.

G. Schlussbemerkung

Die rechtsvergleichende Untersuchung hat für die gesetzliche Normierung von Absprachen im Strafprozess zahlreiche Unterschiede, aber auch Gemeinsamkeiten hinsichtlich der einzelnen Verfahrensaspekte ergeben: Gemeinsam ist den Verfahren, dass sie der Entlastung der Justiz dienen – eingebettet in die jeweiligen nationalen Formen weiterer Verfahrensvereinfachungen und -verkürzungen.

Für die Vereinfachung des Hauptverfahrens sind zwei Regelungsaspekte besonders entscheidend: die Wirkung des Geständnisses (s.o. F. IV.) und die mit einem solchen verbundene Strafmilderung (s.o. F. V.).

Dabei fällt auf, dass die kontinental-europäischen Systeme auch im Rahmen von konsensualen Verfahren am Prinzip der materiellen Wahrheit festhalten. Mit Blick auf die deutschen Regelungsvorschläge hatte sich einzig die Bundesrechtsanwaltskammer[144] offen zur Geltung des Konsensprinzips bekannt und sich damit für das Prinzip der formellen Wahrheit entschieden, mithin für ein Prozessrechtsverständnis, das dem englisch-walisischen gleicht. Die Generalstaatsanwaltschaft[145] hielt hingegen grundsätzlich an der Instruktionsmaxime fest, erkannte aber an, dass

[144] Bundesrechtsanwaltskammer, Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Strafverfahren, Nr. 4, www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/ Stn25_05.pdf; zuletzt gesehen: 20.10.2010.

[145] Vgl. „Eckpunkte" der Generalstaatsanwälte vom 24.11.2005, abgedruckt in NJW-Sonderdruck, Der Deal im Strafverfahren, 2006, S. 9ff..

diese notwendigerweise eine Einschränkung erfahren muss. Der Gesetzgeber gibt hingegen vor, eine systemimmanente Lösung geschaffen zu haben.

Wenn das Ziel eines Absprachеverfahrens die Beschleunigung von Strafverfahren ist, muss aber das Gericht in gewissen Grenzen von seiner Aufklärungspflicht „befreit" werden. Allerdings erfordert dies nicht sogleich die Ersetzung des Grundsatzes der materiellen Wahrheit durch ein Konsensprinzip und damit die Zugrundelegung eines Systemverständnisses im englisch-walisischen Sinne. Dennoch ist einem Absprachеverfahren die Einschränkung der gerichtlichen Aufklärungspflicht zwingend immanent; lässt man ein Geständnis, mag es auch noch so „qualifiziert" sein, als einziges Beweismittel ausreichen, kann schlichtweg kein genauso sicheres Ergebnis erzielt werden wie nach einer vollumfänglichen, streitigen Verhandlung.

Im Falle einer konsensualen Erledigung lassen die untersuchten Rechtsordnungen einheitlich eine Strafmilderung zu. In dieser Hinsicht ist die polnische Erledigung ohne Durchführung einer Hauptverhandlung besonders weitreichend; dürfen sich hier die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte sogar auf eine außerordentlich milde Strafe unabhängig von den benannten Strafmilderungsgründen verständigen (s.o. E. IV. 2.). Grundsätzlich funktioniert ein Absprachеverfahren nur, wenn jedes Geständnis unabhängig von der Motivation des Angeklagten zu einer Strafmilderung führt (s.o. F. V.). Nach deutschem Verständnis sind mit dem Schuldgrundsatz indessen nur Strafmilderungen aufgrund von Geständnissen vereinbar, die von Motiven wie Reue, Einsicht oder Distanzierung vom eigenen Tun getragen sind. Gerade in Absprachefällen dürfte sich die Motivation des Angeklagten zur Abgabe eines Geständnisses aber meist in rein prozesstaktischen Gesichtspunkten erschöpfen, die für sich nicht geeignet sind, die Schuld zu mindern.[146] Soll ein Absprachеverfahren dennoch funktionieren, erfordert dies die Einsicht, dass mit ihm die Gewährung eines schuldunabhängigen Strafrabatts einhergehen muss, wie dies die ausländischen Lösungen, wenn nicht explizit vorsehen, so doch zumindest implizieren. Die ehrliche Antwort, zu der dem deutschen Gesetzgeber offensichtlich der Mut gefehlt hat, wäre gewesen, dass im Rahmen der schuldangemessenen Strafzumessung nach § 46 StGB keine systemimmanente Lösung möglich ist, es vielmehr der Einführung eines gesonderten, schuldunabhängigen Strafmilderungsgrunds bedurft hätte.

[146] Vgl. insbes. *Eschelbach*, in Graf StPO, München 2010, Rn. 8.

Recht ohne Regeln? – Die Entformalisierung des Strafrechts*

Amir Michaelsen und Uwe Murmann

Gesetzesbindung und die Pflicht zur Einhaltung strenger Formen sind die natürlichen Feinde von Effizienz, Wirtschaftlichkeit und zügiger Verfahrensführung. Dementsprechend vermag es nicht zu verwundern, dass in Zeiten leerer Kassen der Gesetzgeber und – chronisch überlastet – auch die Justiz nach Wegen suchen, die Last der Form zu verringern. Verfahrenseinstellungen in spektakulären (Wirtschafts-)Strafverfahren beschäftigen die Öffentlichkeit und der „Deal" ist nicht nur unter Strafrechtswissenschaftlern als wohl umstrittenstes Thema des Strafprozessrechts in aller Munde. Auch bei der Informationsbeschaffung im Ermittlungsverfahren erweist sich aus Sicht der Ermittlungsbehörden das Korsett gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen u.U. als zu eng. Prominentes Beispiel hierfür ist der – in der Strafprozessordnung nicht vorgesehene – Ankauf von Daten in der „Liechtenstein-Affäre" (mittlerweile sind die Daten aus der Schweiz hinzugekommen).

Diese Phänomene und noch einige mehr hatte das Kolloquium „Recht ohne Regeln? – Die Entformalisierung des Strafrechts" des Göttinger Instituts für Kriminalwissenschaften am 10. Juli 2009 zum Gegenstand. Dabei lag der Reiz der Veranstaltung in der weiterführenden Verknüpfung unterschiedlicher materiellrechtlicher und prozessualer Aspekte unter dem Dach des Oberthemas. Dass sich dieser Reiz voll entfalten konnte, war den hochkarätigen Referenten zu verdanken, die die Veranstalter gewinnen konnten, nämlich *Prof. Dr. Lothar Kuhlen*,

* Zuerst veröffentlicht in ZIS 2010, 777 ff.

Universität Mannheim, *Prof. Dr. Michael Heghmanns*, Universität Münster, *Prof. Dr. Werner Beulke*, Universität Passau, *Prof. Dr. Jörg-Martin Jehle*, Universität Göttingen und *Eberhard Siegismund*, Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz. Im Anschluss an die Vorträge fand eine Podiumsdiskussion unter Teilnahme von Generalbundesanwältin *Prof. Monika Harms* statt.

Als Vertreter der Gastgeber verwies *Prof. Dr. Uwe Murmann* auf die nunmehr dreijährige Tradition der Veranstaltung. Seine Einführung in das Thema setzte an dem Spannungsverhältnis zwischen Entformalisierung einerseits und Rechtsstaatlichkeit, Demokratieprinzip sowie Gewaltenteilung andererseits an, um dieses Verhältnis sodann anhand des Gesetzlichkeitsprinzips nach Art. 103 Abs. 2 GG und des aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Vorbehalts des Gesetzes näher zu analysieren. Dabei vertrat *Murmann* die Auffassung, die Gesetzlichkeit werde weniger vom materiellen Recht als vielmehr vom Strafverfahren her ausgehöhlt. Das gelte nicht nur für das Verfahren als solchem, wo der Anwendungsbereich der Ermittlungsgeneralklauseln überstrapaziert werde, sondern es gelte auch für die Bestimmtheit der materiellen Straftatbestände: „Wenn der Sachverhalt, die Rechtsfolgen und – bei realistischer Betrachtung – auch das materielle Strafrecht zur Disposition der Beteiligten gestellt werden, kann kein noch so sorgfältig dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragender Tatbestand Orientierungssicherheit gewährleisten."

Im Zentrum des Referats von *Prof. Dr. Kuhlen* unter dem Titel „Bestimmtheit oder unendliche Auslegung?" stand das materielle Strafrecht. Die Verbindung zum Prozessrecht stellte *Kuhlen* mit seiner Ausgangsthese her, derzufolge Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung wichtige Ursachen für die Informalisierung des Strafprozesses darstellten, wobei er als Beispiel die Absprachepraxis in den Mittelpunkt stellte. Für die Plausibilität der Ausgangsthese spreche, dass ein unbestimmtes Strafrecht für die Staatsanwaltschaft wie auch für den Beschuldigten unabsehbare Ergebnisse nach sich ziehe, was Anreize dafür schaffe, sich „auf halbem Wege zu treffen". Für das Gericht könnten Absprachen mit Blick auf unkalkulierbare Risiken der Urteilsaufhebung attraktiv erscheinen. Damit formuliere die Ausgangsthese einen Erklärungsansatz für die sich (zunächst noch ohne gesetzliche Regelung) verbreitende Praxis der Absprachen. *Kuhlen* machte keinen Hehl daraus, dass er den Reiz eines solchen Erklärungsansatzes nicht zuletzt darin erblicke, dass die Kenntnis der Gründe als Grundlage für eine Zurückdrängung der Absprachenpraxis dienen könnte.

Die in der Ausgangsthese enthaltene Annahme, das Strafrecht sei unbestimmt, verweise zunächst auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, dem *Kuhlen* seinerseits erhebliche Unbestimmtheit attestierte. Die zu stellenden Anforderungen dürften aber, wie *Kuhlen* in Abgrenzung zu verschiedentlich in der Literatur vertretenen Auffassungen meinte, nicht überspannt werden, so dass sich letztlich aus der Perspektive der Verfassung die Unbestimmtheit des Strafrechts nicht erweisen lasse. Anders sehe es aus, wenn man die Unbestimmtheit in rechtstheoretischer Hinsicht in den Blick nehme, also danach frage, inwiefern das Strafrecht in seiner Anwendung auf den konkreten Einzelfall zweifelsfreie Ergebnisse produzie-

re. In diesem Sinne lasse sich nun tatsächlich von einer Unbestimmtheit des Strafrechts in durchaus erheblichem Umfang sprechen.

Da aber nun die Absprachenpraxis erst in den letzten Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen habe, ergänzte *Kuhlen* diese Überlegungen zur qualitativen Aussage über die Unbestimmtheit des Strafrechts um eine komparative Version der These. Danach sei das Strafrecht heute weniger bestimmt als noch vor einigen Jahrzehnten. Diese These lasse sich bei einem Vergleich von Gesetzen neueren Datums mit älteren Vorschriften schwerlich bestätigen. Denn nicht wenige klassische Tatbestände seien von geringer Bestimmtheit (z.B. §§ 211, 240, 266 StGB), wohingegen dieser Befund längst nicht auf alle modernen Tatbestände zutreffe (z.B. §§ 298, 324, 237 StGB) – hier hänge viel von der Wahl der Beispiele ab. Eine wachsende Unbestimmtheit resultiere aber freilich aus der gewachsenen Anzahl der Tatbestände, die notwendig auch die Interpretationsprobleme mehre. Angesichts der zunehmenden Verrechtlichung biete dieser Befund keinen Anlass für grundsätzliche Kritik. Weitere Gründe für die Richtigkeit seiner These von der zunehmenden Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts sah *Kuhlen* in der wachsenden Komplexität der tatsächlichen Verhältnisse, auf die das Strafrecht mit unscharfen Begriffen reagieren müsse, und in der Zunahme des Spektrums „vertretbarer" Auffassungen, nicht zuletzt durch ein Anwachsen der Publikationstätigkeit. Der damit bestätigte Trend zu mehr Unbestimmtheit sei durch die Forderung nach einer Beschränkung auf ein „Kernstrafrecht" nicht zu stoppen; eine solche Forderung sei weder sinnvoll noch realistisch.

Damit wandte sich *Kuhlen* der Gesetzesauslegung durch die Gerichte zu, die, der Ausgangsthese folgend, unbegrenzt oder zumindest weniger begrenzt als vor einigen Jahrzehnten sein müsste. Richterliche Rechtsfortbildung im Rahmen der – durch die Rechtsprechung des BVerfG konkretisierten – materiellen Wertordnung des Grundgesetzes sei jedoch eine legitime Aufgabe der Gerichte, die sich insofern innerhalb ihrer Bindung an das Recht bewegten (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch die spezifisch strafrechtliche Begrenzung durch das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) werde weitestgehend beachtet.

Damit konnte *Kuhlen* resümieren, dass seine Ausgangsthese im Wesentlichen unbestätigt geblieben sei: Eine „unbegrenzte Auslegung" finde nicht statt, und die wachsende Unbestimmtheit des materiellen Strafrechts sei vielfach nicht kritikwürdig oder die Kritik habe jedenfalls keine Aussichten auf Erfolg. Damit habe sich letztlich auch die Hoffnung als unbegründet erwiesen, die Einsichten zum Zusammenhang von materiellem Recht und Entformalisierung für eine Zurückdrängung der Absprachen fruchtbar zu machen. Aus seinem Befund ergebe sich sogar eine Verschärfung des Abspracheproblems, weil informelle Erledigungsmöglichkeiten der höchstrichterlichen Normpräzisierung abträglich seien; es entstehe so ein „Konkretisierungsvakuum".

Prof. Dr. Heghmanns befasste sich unter dem Titel „Ermittlungseingriffe auf schwachen Füßen? – Datenkauf, V-Leute und Tatprovokation" mit den gesetzlichen Grundlagen praktisch gebräuchlicher, in der StPO gleichwohl nicht ausdrück-

lich geregelter Ermittlungsmaßnahmen. Dazu war freilich zwischen den unterschiedlichen Ermittlungsmaßnahmen zu differenzieren:

Soweit es V-Leute und nicht offen ermittelnde Polizeibeamte anbelangt, sah *Heghmanns* keine Probleme im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes. Bei deren Tätigwerden werde lediglich in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen, was auf der Grundlage der Ermittlungsgeneralklauseln (§§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO) möglich sei. Das Problem liege vielmehr auf der Ebene des einfachen Rechts. Hier seien beim Einsatz von V-Leuten und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten die für solche Eingriffe, nämlich im Wesentlichen Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen, vorgesehenen Eingriffsvoraussetzungen zu beachten, denn es handle sich um staatliche oder zumindest dem Staat zurechenbare Maßnahmen.

Beim agent provocateur lägen die Dinge völlig anders: Die Ermittlungsgeneralklauseln könnten solches Vorgehen nicht rechtfertigen, was sich auch daran zeige, dass das provozierende Verhalten zunächst nicht der Aufklärung, sondern der Hervorrufung von Straftaten diene. In der Sache handle es sich um eine präventive Maßnahme, die dementsprechend im präventivpolizeilichen Bereich fundiert werden solle. Bedenken im Hinblick auf eine staatliche Straftatbeteiligung äußerte *Heghmanns* auch bezüglich des Ankaufs deliktisch erlangter Daten, wie er (mittlerweile: nicht nur) in der Liechtensteiner Steueraffäre praktiziert worden sei. Die Ermittlungsgeneralklauseln könnten die Beteiligung an Straftaten nicht als „Ermittlungen jeder Art“ legitimieren; eine Rechtfertigung nach § 34 StGB scheitere regelmäßig am Abwägungs- oder am Angemessenheitserfordernis.

Insgesamt konnte *Heghmanns* danach als erstes Fazit festhalten, dass die Ermittlungsgeneralklauseln nicht alle genannten Ermittlungsmethoden tragen, jedenfalls nicht im Umfang der kriminalpolizeilichen Bedürfnisse. In den teilweise erhobenen Ruf nach dem Gesetzgeber wollte *Heghmanns* dennoch nicht einstimmen – zu entmutigend sei die Qualität der Gesetze, mit denen in den letzten Jahren nahezu alles technisch Mögliche legitimiert worden sei.

Heghmanns forderte stattdessen eine Neuorientierung: In Abkehr vom gewohnten Blick auf die Ermittlungsinstrumente, wie z.B. V-Mann oder agent provocateur, sei es sachgerecht, die gesetzlichen Regelungen bezogen auf die Art des jeweils in Rede stehenden Eingriffs zu lesen. Unter diesem Aspekt mache es dann z.B. keinen Unterschied (und würden die unterschiedlich hohen Eingriffsschwellen fragwürdig), ob eine intime Information durch eine Telekommunikationsüberwachung oder eine Wohnraumüberwachung erlangt werde. Eine Typizität dahingehend, dass bei der Wohnraumüberwachung Einblicke in Intimes näher liegen, könne mit einem geänderten Kommunikationsverhalten der nachwachsenden Generation durchaus an Überzeugungskraft verlieren. Diese Überlegungen gewännen bei den in Rede stehenden Ermittlungen (V-Mann, nicht offen ermittelnder Polizeibeamter, Lockspitzel, Datenkauf) deshalb noch an Überzeugungskraft, weil die Akteure auf Staatsseite aktiv auf die Informationserlangung hinwirkten und so im Vorhinein kaum determinierbar sei, ob sich etwa der Beamte auf

bloßes Zuhören beschränken oder den Beschuldigten befragen oder eine sich bietende Situation zu einer Tatprovokation nutzen werde. Am Beispiel der Vernehmung führe dieses Konzept, wie Eingangs schon angedeutet, zur Anwendung der Vernehmungsregeln immer dann, wenn eine – offene oder verdeckte – Befragung von Beschuldigten oder Zeugen vorliege – gegebenenfalls mit der Folge der Unverwertbarkeit bei unterbliebener Belehrung. Dieses Ergebnis müsse die Strafverfolger deshalb nicht schrecken, weil die erlangten Erkenntnisse immerhin als Ermittlungsansätze Verwendung finden könnten. Beim agent provocateur und beim Datenkauf sei danach zu fragen, ob das in Rede stehende Verhalten rechtmäßig ist. Das sei in der Regel nicht der Fall; nur ausnahmsweise komme eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in Betracht.

Der strafprozessualen Seite des Kolloquiums widmete sich auch der Vortrag von *Prof. Dr. Beulke* unter dem Titel „Siegeszug der Vernunft oder der Willkür? – Opportunitätseinstellungen im Strafverfahren". Jedenfalls einen Siegeszug in der Praxis bescheinigte *Beulke* den Opportunitätseinstellungen gleich am Beginn seines Vortrags. Während vor einigen Jahrzehnten Bagatell- und Kleinkriminalität im Vordergrund gestanden hätten, sei § 153a StPO mittlerweile auch bei Wirtschaftsdelikten mit beträchtlichem Schadensvolumen etabliert. Diesem Befund aus der Praxis stellte *Beulke* die expansive Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen für Opportunitätseinstellungen an die Seite, um sich dann der Frage nach der Bewertung dieser Entwicklung („Vernunft oder Willkür"?) zuzuwenden.

Hierzu sei nach den „vier Hauptfunktionen" der Opportunitätseinstellungen zu unterscheiden, diese seien: Entkriminalisierung der Bagatellkriminalität, Schaffung von Rechtsfrieden auch im Bereich mittlerer Kriminalität, Entlastung der Justiz sowie der Staatskasse und der Ausgleich für Versagen des Gesetzgebers oder für Scheinlösungen im materiellen Recht.

Die Entkriminalisierung im Bereich der Bagatellkriminalität sei grundsätzlich positiv zu beurteilen. Verfassungsrechtliche Bedenken, wie sie insbesondere gegen § 153a StPO erhoben würden (Unschuldsvermutung, Gewaltenteilungsgrundsatz, Bestimmtheitsgrundsatz), griffen nicht durch. Soweit der Gleichheitsgrundsatz berührt sei, sei dies der föderalistischen Staatsstruktur und nicht den Opportunitätsregeln zuzuschreiben. Ein Problem von erheblicher praktischer Bedeutung stellten allerdings Opportunitätseinstellungen zur Vermeidung sachlich gebotener Freisprüche dar. Hier handle es sich aber um eine Form des Missbrauchs, der nicht die sachliche Berechtigung der Opportunitätsvorschriften in Frage stellen könne.

Im Bereich der mittleren Kriminalität konstatierte *Beulke* zwar eine Verschärfung der erhobenen Bedenken, doch letztlich überwögen die Vorteile der Entkriminalisierung. Der Vorwurf der „Klassenjustiz" werde nur bezogen auf einzelne Verfahren erhoben; unterschiedliche Chancen von Beschuldigten in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, insbesondere durch Einschaltung hochdotierter Verteidiger, seien kein spezifisches Merkmal der Opportunitätseinstellungen. Die Erledigung zahlreicher Verfahren in der „Lichtensteinaffäre" durch

Einstellungen nach § 153a StPO schaffe Rechtsfrieden und nutze das in dieser Vorschrift steckende Resozialisierungspotential.

Im Hinblick auf die Ressourcen von Justiz und Staatskasse seien Opportunitätseinstellungen „unverzichtbar". Da die Verurteilungsquote in den letzten 100 Jahren nicht gesunken sei, dürfe dieser Befund nicht überdramatisiert werden. Man müsse annehmen, dass eine höhere Verurteilungsquote nicht erforderlich sei. *Beulke* monierte allerdings die zunehmende Verhängung von Zahlungsauflagen zugunsten der Staatskasse. Insbesondere aus „pädagogischen" Gründen seien Auflagen zugunsten karitativer Einrichtungen vorzugswürdig.

Eine weitere Funktion der Opportunitätseinstellungen sah *Beulke* schließlich im Ausgleich für gesetzgeberisches Versagen. Insbesondere politisch motivierte, an den Erwartungen der Bevölkerung orientierte Gesetze seien mitunter so problematisch, dass die in ihnen getroffenen Wertentscheidungen durch Opportunitätseinstellungen praktisch neutralisiert würden. Ein Beispiel hierfür sei das in § 1631 Abs. 2 BGB verbriefte Recht von Kindern auf eine gewaltfreie Erziehung. Begründe damit jede Backpfeife eine rechtswidrige Körperverletzung, so könnten nur Opportunitätseinstellungen einen – nicht ehrlichen – Ausweg aus der Strafbarkeit eröffnen. Als weiteren Anwendungsfall für Opportunitätseinstellungen aufgrund von Versagen des Gesetzgebers nannte *Beulke* die Untreuevorschrift (§ 266 StGB), die, etwa im „Fall Mannesmann", kein klares Urteil ermögliche. An dieser Stelle räumte *Beulke* den Zusammenhang von Opportunitätseinstellungen und dem von *Kuhlen* beklagten „Konkretisierungsvakuum" ein, meinte aber, eine Konkretisierung könne nicht „auf den Schultern der Betroffenen" stattfinden.

Das insgesamt positive Fazit *Beulkes* zu den Opportunitätseinstellungen konnte nach alledem nicht mehr überraschen. Die Zeiten des „reinen Legalitätsprinzips" seien vorbei.

Die schon mehrfach angesprochenen Absprachen standen im Mittelpunkt des Vortrags von *Ministerialdirigent Siegismund* unter dem Titel „Absprachen im Strafverfahren – Aussichten auf eine gesetzliche Regelung". Hier zeigte sich in besonderer Weise die Aktualität der Tagung, denn *Siegismund* informierte über die am gleichen Tag getroffene Entscheidung des Bundesrats, auf eine Anrufung des Vermittlungsausschusses betreffend das vom Bundestag am 28. Mai 2009 verabschiedete Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren zu verzichten. So konnte er den Teilnehmern eine Textfassung vorlegen, wie sie aller Voraussicht nach Gesetz werden würde (und wie sie mittlerweile Gesetz geworden ist). *Siegismund* bot einen „Werkstattbericht" zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes, ausgehend vom Urteil des 4. Strafsenats beim BGH von 1997 und den dort aufgestellten Grundsätzen für Urteilsabsprachen. Dem Bundesjustizministerium sei es u.a. darum gegangen, ein „Rechtsgespräch" in das Strafverfahren zu integrieren, in dem die Verfahrensbeteiligten in transparenter Art und Weise über Möglichkeiten der Verständigung sprechen sollten. *Siegismund* berichtete außerdem von der Forderung des Bundesinnenministers, eine Kontrollinstanz für angemessene Strafen einzuführen und von der Ablehnung, die dieser Vorschlag in den Ländern erfahren habe. Die Abspra-

chen seien zur Verfahrensbeschleunigung insofern alternativlos, als missbräuchliches Verteidigungsverhalten nach einer vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen Studie lediglich eine bescheidene Rolle spiele. Aufgefallen sei in diesem Zusammenhang, dass es relativ viele Fälle gegeben habe, bei denen ein „unstreitiger Sachverhalt" vorliegt. Es sei aufgrund dessen die Idee entstanden, evtl. ein Verfahren zum „Unstreitigstellen" von Sachverhalten oder Sachverhaltsteilen einzuführen. Es sei auch die Frage aufgeworfen worden, ob es im deutschen Strafprozessrecht zu viele Rechtsmittel gibt.

Eine gesetzliche Regelung der Absprachen sei auch mit Blick auf die Forderung des Großen Senats für Strafsachen des BGH ohne Alternative gewesen. *Siegismund* präsentierte die wichtigsten Eckdaten der neuen gesetzlichen Regelung in § 257c StPO. Er hob hervor, dass die Grundsätze der Strafzumessung durch das neue Gesetz „unberührt" bleiben sollen (was bereits an dieser Stelle eine skeptische Bemerkung von *Generalbundesanwältin Harms* provozierte); in der Praxis führten Absprachen gelegentlich durchaus zu höheren Strafen als dies gemeinhin kolportiert werde. Er betonte, dass nach der neuen Rechtslage die Gegenleistung des Beschuldigten bei der Verständigung nicht unbedingt immer in einem Geständnis bestehen müsse, auch eine Entschädigungszusage an das Opfer oder Ähnliches seien denkbar.

Insgesamt sei das neue Gesetz nicht etwa ein „Abschied vom Strafprozess", sondern eine Grenzziehung für die Absprachenpraxis. Die gesetzliche Regelung der Verständigung ermögliche weder einen „Handel mit der Gerechtigkeit", noch leiste sie der Mauschelei Vorschub.

Prof. Dr. Jehle, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Kriminalwissenschaften der Universität Göttingen, hielt einen Vortrag mit dem Titel „Ergebnisse eines europäischen Projekts zu den Verfahrenserledigungen." Ausgangspunkt war hierbei die Überlastung der Kriminaljustiz als länderübergreifendes Phänomen. Betont wurde die in ganz Europa herrschende große Diskrepanz zwischen Tatverdächtigen- und Verurteiltenzahlen, die dadurch entstanden sei, dass die Tatverdächtigenzahlen stetig gestiegen seien und sich heute auf hohem Niveau hielten, wohingegen die Verurteiltenzahlen infolge zunehmender Verfahrenseinstellungen weitgehend konstant geblieben seien. *Jehle* stellte ein synthetisches Modell der Kriminaljustizsysteme der großen europäischen Staaten vor, wobei die verschiedensten Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung zueinander in Bezug gesetzt wurden. Es erfolgte ein Vergleich des niederländischen „Transaktionsverfahrens" mit der Einstellung nach § 153a StPO. Betont wurde hierbei, dass in den Niederlanden detaillierte Vorgaben für zu verhängende Auflagen in untergesetzlichen Normen zu finden seien. Eine detaillierte Regelung der Voraussetzungen des § 153a StPO und der zu verhängenden Auflagen in einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Regelung wurde von *Jehle* als wünschenswert bezeichnet. Als weitere Form der Verfahrensvereinfachung behandelte *Jehle* die Urteilsabsprachen in einem kursorischen Vergleich der diesbezüglichen englischen, französischen, polnischen und deutschen Regelungen. *Jehle* wies auf die Besonderheiten der deutschen Be-

stimmung hin und betonte insbesondere, dass das Initiativrecht, welches das Gericht in Deutschland in Bezug auf die Absprache hat, in den anderen europäischen Staaten so nicht existiere. Abschließend präsentierte *Jehle* seine Schlussthesen. Der Druck auf die Justiz durch erhöhte Arbeitsbelastung führe zu Strategien der Vereinfachung und Verkürzung. Ein vollumfängliches Strafverfahren sei die Ausnahme geworden. Deshalb seien Gleichheit und Gerechtigkeit bedroht. Vor allem gelte es, im Bagatellbereich zu entkriminalisieren und die Opportunitätsentscheidungen an präzise gesetzliche Voraussetzungen zu knüpfen.

Die an die Vorträge anschließende Podiumsdiskussion wurde von *Generalbundesanwältin Prof. Harms* eröffnet, die sich insbesondere auf das Thema der „Absprachen" konzentrierte und den Gesetzgeber mit starken Worten kritisierte: Mit der Neuregelung sei der herkömmliche Strafprozess tot und die Beteiligten klatschten auch noch Beifall; draußen stehe die Gerechtigkeit und weine. An dieser Fehlentwicklung hätten Strafverteidiger, Richter und Staatsanwälte gleichermaßen mitgewirkt. Schon die Grundsätze des 4. Strafsenats hätten in der Praxis kaum Beachtung gefunden, ihre Befolgung sei als lebensfremd belächelt worden. Jeder Deal habe seinen Preis und der Grundsatz schuldangemessenen Strafens bleibe auf der Strecke, zumal es auch Vereinbarungen über den Schuldumfang gebe. Die „erdealten" Geständnisse seien teilweise nur eine halbe Seite lang und man könne nicht ernsthaft glauben, dass bei deren Zustandekommen die Grundsätze des Strafverfahrens aufrecht erhalten würden. Es sei nicht damit zu rechnen, dass sich durch die gesetzliche Regelung an alledem etwas ändern werde.

Die Justiz stehe unter starkem Druck; immer komplexere Regelungen bei einer immer feiner differenzierenden Rechtsprechung müssten mit einer unzureichenden Personalausstattung bewältigt werden. In dieser Drucksituation diene manchem Richter der Deal als „Nötigungsinstrumentarium": Noch vor eingehender Aktenlektüre komme der Griff zum Telefon. Man solle die Probleme der Justiz auf andere Weise lösen, z.B., indem man darüber nachdenkt, das Beweisantragsrecht zu verschlanken (Rechtsmissbrauchsregelung); man solle nachjustieren, ohne Grundsätze aufzugeben.

In der weiteren Diskussion wurden die unterschiedlichen Standpunkte unter Beteiligung aus dem Publikum verdeutlicht und vertieft. *Siegismund* warf *Harms* vor, ein „Zerrbild" der Justiz zu zeichnen. Es sei lediglich gegen „Auswüchse", die es mit oder ohne gesetzliche Regelung gebe, vorzugehen. Dagegen meinte *Harms*, es handle sich nicht bloß um „Auswüchse". Es gehe auch nicht darum, den Richtern Vorwürfe zu machen; diese seien einfach schlecht ausgestattet und müssten, wenn sie „durchverhandeln", Nachteile für ihre Karriere in Kauf nehmen.

Aus dem Publikum meldete sich *RiLG Prof. Dr. Ambos*. Er äußerte vorab, dass die Kritik an der Praxis seiner Ansicht nach überzogen sei. Säßen englische Kollegen im Publikum würden diese sich wundern, mit welch negativer Grundhaltung das „Dealen", das sonst überall gang und gäbe sei, diskutiert werde. Das Gesetz zu den Absprachen sei alternativlos. Zu § 257c Abs. 4 StPO wollte *Ambos* wissen, wie man es sich vorzustellen habe, dass die Bindung des Gerichts an das Geständnis

entfällt, wenn der Deal scheitert. Die Richter und Schöffen würden ja das Geständnis kennen und es sei eigentlich eine neue Kammer nötig, weil das Geständnis ansonsten doch in das Urteil einfließe. Des Weiteren fragte *Ambos*, ob die Voraussetzungen, unter denen nach § 257c Abs. 4 StPO die Bindung an den Deal entfällt, nicht näher hätten bestimmt werden müssen. Dort sei nur von „bedeutsamen Umständen" etc. die Rede. Weiter fragte *Ambos*, ob die Aufrechterhaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht ein Lippenbekenntnis sei. Bei einem Deal werde nicht mehr ermittelt. Insofern sei das Gesetz kein „ehrliches Gesetz". Zuletzt wollte *Ambos* noch wissen, warum man im Hinblick auf das Ziel „Beschleunigung des Strafverfahrens" denn den Rechtsmittelverzicht nicht zulasse. Es wäre doch logisch, einen solchen vorzusehen, da es sich beim Deal ja um ein do ut des handle.

Siegismund beantwortete die Frage von *Ambos*, was mit dem Geständnis geschehen solle, wenn es nun einmal in der Welt ist, mit dem Hinweis, dass derartige Konstellationen auch bei Beweisverwertungsverboten häufiger vorkämen. Auf die Frage nach der Präzisierung der Voraussetzungen des § 257c Abs. 4 StPO meinte er, man könne z.B. darüber nachdenken, darauf abzustellen, aus wessen Verantwortungsbereich das Hindernis für die Verständigung kam. Zur Amtsaufklärungspflicht antwortete er, diese sei keine Kulisse; es könne in der Tat verlangt werden, dass alles aufgeklärt wird. Auf die Frage nach dem „Rechtsmittelverzichtsverbot" antwortete er, dies sei installiert worden, um Druck auf den Angeklagten zu verhindern. Zugleich wies er allerdings auf die Möglichkeit einer Einlegung und sofortigen Rücknahme des Rechtsmittels hin!

Des Weiteren äußerte sich aus dem Publikum *Prof. Dr. Schall*, der die These von *Kuhlen* teilte, dass die Probleme nicht aus dem materiellen Recht stammten: Früher seien die Gesetze auch nicht bestimmter gewesen und auch die Defizite bei der Auslegung seien nicht größer geworden. An *Beulke* gerichtet sagte er, er halte die Anwendung von § 153a StPO zur Entkriminalisierung für problematisch. Die Anwendungsvoraussetzungen von § 153a StPO müssten präzisiert werden. Es handle sich schließlich doch um eine Sanktion. *Schall* sprach zudem von einem „Verlust an Rechtskultur": Große Wirtschaftsprozesse gerieten zum Tauziehen um § 153a StPO und auf diese Weise würden materiellrechtliche Fragen von den Obergerichten ferngehalten. Die handlungsleitende, normstabilisierende Funktion des Strafrechts gehe auf diese Weise verloren und es entstehe ein Verlust an Akzeptanz der Strafnormen.

Beulke stimmte dem insoweit zu, als eine Klärung materiellrechtlicher Fragen durch die Rechtsprechung notwendig sei. Allerdings werde die „Einstellungsproblematik" gar nicht bei klassischer Kriminalität aktuell. Es handle sich vielmehr entweder um Bagatellen (was meist unproblematisch sei) oder um unbestimmte (häufig neuere) Strafgesetze. Wenn hier angeklagt und dem Beschuldigten – wie regelmäßig – § 17 StGB nicht zugebilligt würde, so müsste zunächst ein willkürlich herausgegriffener Beschuldigter „den Kopf hinhalten". Da sei es doch besser, § 153a StPO anzuwenden, als symbolisch zu bestrafen.

Aus dem Publikum meldete sich *Prof. Dr. Rosenau* zu Wort, der die Bedeutung rechtsvergleichender Aspekte betonte. Schließlich bestehe überall ein Bedürfnis nach dem „Deal". In den USA habe es eine ganz ähnliche Debatte Mitte der Siebzigerjahre gegeben, woraufhin der supreme court 1975 ebenfalls einen Gesetzesentwurf zum Deal gefordert habe. Er habe das Gefühl, dass in Deutschland dieselbe Entwicklung wie in den USA verlaufe, nur 30 Jahre versetzt. An *Harms* richtete er die Bemerkung, dass keine der Prozessmaximen an sich sakrosankt sei und dass das Gesetz sich evtl. nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz (unter Berücksichtigung von Opferschutz und Beschleunigungsgebot) rechtfertigen ließe.

Eine Staatsanwältin aus dem Publikum warnte davor, etwas zu verrechtlichen, was in der Praxis funktioniere. Mit Hilfe von § 153a StPO gelinge in der Praxis die Herstellung von Rechtsfrieden in den Bereichen kleiner und mittlerer Kriminalität. Eine genauere Regelung der Voraussetzungen des § 153a StPO führe ihrer Ansicht nach zur „Erstarrung" dieser Vorschrift und zu einem Verlust an Flexibilität.

Jehle führte noch an, dass eine Verbesserung der Ressourcen der Justiz wünschenswert wäre, dass dies aber illusorisch sei. Entkriminalisierung sei eine ehrliche Methode, um der Überlastung der Justiz Herr zu werden. Für § 153a StPO sei im Bereich der Kleinkriminalität eine ähnliche Entwicklung wie diejenige des niederländischen Transaktionsverfahrens wünschenswert. Für große Wirtschaftsstrafverfahren passe § 153a StPO allerdings nicht.

Kuhlen bemerkte gegen *Beulke* gerichtet, bei gesetzlichen Unschärfen seien die materiellrechtlichen Fragen zu klären und gegebenenfalls mit dem Verbotsirrtum zu arbeiten. Gegen *Ambos* wies *Kuhlen* darauf hin, dass die Kritik am Deal keine Kritik an der Justiz anderer Staaten impliziere. Die Absprachen passten nur nicht zur Strafprozessordnung, z.B. im Hinblick auf das Prinzip der materiellen Wahrheit. Zu *Harms* sagte er, sie habe Recht, wenn sie von einem Paradigmenwechsel spreche; das völlige Absehen von der materiellen Wahrheit sei bereits Realität. Zumindest habe das neue Absprachen-Gesetz aber den Vorzug, dass Richtern nicht mehr der Vorwurf der Rechtsbeugung gemacht werden könne, wenn sie nur dasjenige tun, was das Gesetz vorsieht.

Heghmanns bemerkte, dass durch das Verständigungsgesetz der Strafprozess nicht zu Grabe getragen werde. Das neue Gesetz werde ebenso wenig wie die Rechtsprechung zum Deal die Verfahrensbeteiligten „domestizieren" können. Es sei davon auszugehen, dass an dem Gesetz „vorbeigedealt" werde. Bezüglich der Rechtsbeugung erwarte er angesichts der gesetzlichen Vorgaben eine Zunahme entsprechender Vorwürfe.

Ein *Fazit* muss zunächst festhalten, dass die Veranstaltung erheblichen Gewinn vor allem durch die Zusammenschau von materiellem und formellen Recht unter dem einheitlichen Blickwinkel des Verlusts an Gesetzesform erbrachte. Dabei bestand wohl weitgehend Einigkeit insofern, als die Gesetzesbindung weniger durch Unschärfen des materiellen Rechts, als vielmehr durch eine zunehmende Entformalisierung des Verfahrens an Kraft einbüßt. Über die Beurteilung dieser Entwicklung herrschte dagegen tiefgreifende Uneinigkeit: Diese betraf noch nicht

die grundsätzliche Notwendigkeit, Bagatellkriminalität auszuscheiden; insofern herrschten lediglich unterschiedliche Vorstellungen darüber, ob hierfür der Strafprozess der richtige Ort ist oder ob Entkriminalisierung nicht vielmehr bereits im materiellen Strafrecht ansetzen müsste. Im Übrigen wurden die Erledigungsmöglichkeiten jenseits des „klassischen" strafprozessualen Programms, insbesondere die Absprachen, teils als praktikable und rechtsfriedensstiftende Erledigungsformen und teils als Auflösung grundlegender gerechtigkeitssichernder Prinzipien aufgefasst. Das erklärt auch die Emotionalität, mit der die Debatte über diese „Schicksalsfrage" des Strafprozesses über weite Strecken geführt wurde. Die weite Kluft, die sich durch Wissenschaft und Praxis gleichermaßen zieht, vermag in einer solch grundsätzlichen Frage durchaus zu beunruhigen. Die Entscheidung des Gesetzgebers wird – nach wohl überwiegender Auffassung der Tagungsteilnehmer – lediglich verbal die Prinzipien der Amtsaufklärungspflicht und der schuldangemessenen Strafe unberührt lassen. Die Debatte hat mit dem neuen Gesetz sicherlich keinen Abschluss gefunden, sondern ist lediglich in eine neue Runde gegangen.

Verzeichnis der Autoren und Mitwirkenden

Prof. Dr. Werner Beulke ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Passau.

Monika Harms ist Generalbundesanwältin beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Prof. Dr. Michael Heghmanns ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Universität Münster, Vorsitzender Richter am Landgericht Münster

Prof. Dr. Jörg-Martin Jehle ist Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug der Universität Göttingen.

Prof. Dr. Lothar Kuhlen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Universität Mannheim.

Amir Michaelsen ist Referendar am Oberlandesgericht Braunschweig sowie Doktorand und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von *Prof. Dr. Uwe Murmann* an der Universität Göttingen.

Prof. Dr. Uwe Murmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Göttingen.

Dr. Julia Peters ist Richterin in Schleswig-Holstein

Eberhard Siegismund ist Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz, Berlin

Die Verteilung von Kompetenzen, also auch das Verhältnis von Festlegung und Spielraum, von Gebundenheit und Entscheidungsfreiheit, ist von elementarer Bedeutung für Macht und Ohnmacht der am Strafrecht Beteiligten. Und „Beteiligte“ sind hier, auf die eine oder andere Art, alle: Der Bürger als Souverän und Rechtsunterworfener ebenso wie die Akteure im konkreten Strafverfahren. Kompetenzverlagerungen weg vom Souverän hin zu den anderen Beteiligten werfen schwierige Legitimationsfragen auf und betreffen das Verständnis von Recht und Strafe in seinem Kern. Die anlässlich eines Kolloquiums des Instituts für Kriminalwissenschaften der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen entstandenen Beiträge nehmen sich der Aufgabe an, den gegenwärtigen Stand des Strafrechts in Hinblick auf Gesetzesbindung und Verfahrensförmlichkeit zu analysieren und zu bewerten.



ISBN: 978-3-86395-001-9
ISSN: 1864-2136

Universitätsverlag Göttingen